Prozessvollmacht

und

Vollmacht zu Rechtsgeschäften.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock i. M.

vorgelegt von

M. Brauer

Referendar aus Berlin.

Berlin 1905.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Begriffsbestimmung 1

§ 2. Vollmacht und Auftrag 3

§ 3. Die Entstehung der Vollmacht 6

§ 4. Form der Erklärung 13

§ 5. Innere Gültigkeitserfordernisse 19

§ 6. Umfang der Vollmacht 26

§ 7. Wirkung der Vollmacht 34

§ 8. Ueber die Substitutionsbefugnis 45

§ 9. Die selbständige Natur der Vollmacht und ihre Erlöschungsgründe 49

§ 10. Erlöschungsgründe 51

§ 11. Schutzbestimmungen 56

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0143

Literaturverzeichnis.

Biermann, Zur Lehre von der Stellvertretung, Giessener Festgabe für Dernburg, Berlin 1900.

Blunck, Die Bevollmächtigung nach gemeinem und bürgerlichen Recht, Dissertation, Rostock 1903.

Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit, Breslau 1900.

Brückner, im Recht, 1901.

Bülow, Geständnisrecht, Freiburg 1899.

Bunsen, in der Zeitschrift für Z.P. Bd. 26.

Canstein, Grünhuts Zeitschrift Bd. 3.

— Die rationellen Grundlagen des Z.P., Wien 1877.

Cosack, Anfechtungsrecht, Stuttgart 1884.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1900.

Curtius, Archiv für ziv. Praxis Bd. 58.

Dernburg, Lehrbuch des B.G.B. I, 3. Aufl., Halle 1902.

Eck, Vorträge, Berlin 1902.

Endemann, Lehrbuch des B.G.B., 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des B.G.B., 2. Aufl., Marburg 1901.

Fischer, Bemerkungen zur Z.P.O. in Iherings Jahrb. Bd. 38.

Fitting, Festgabe für Dernburg, Halle 1900.

Gaupp-Stein, Z.P.O., Tübingen und Leipzig, 6. u. 7. Aufl. 1904.

Habicht, in der Juristischen Wochenschrift, 1901.

Hellmann, Lehrbuch des Zivilprozessrechts I, München 1886.

— Z.P.O. für das Deutsche Reich. Erlangen 1878.

— Lehre von der Prozessvollmacht, Bl. f. R.A. i. B. Bd. 25.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Berlin 1900.

— Zeitschrift für Z.P. Bd. 29.

Hergenhahn, Rechtssprechung über Prozessbevollmächtigte I, Hannover 1894.

Hoelder, B.G.B., 1. Aufl., München 1900.

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.

— Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903.

Jäger, Konkursordnung, 2. Aufl., Berlin 1904.

Ihering, im Jahrbuch f. Dogm. Bd. 1.

Isay, Geschäftsführung nach dem B.G.B., Jena 1900.

Jünger, Prozessvollmacht und Legitimation zum Abschluss eines Vergleichs, Dissertation Göttingen 1890.
Just, im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 68.
Karlowa, Rechtsgeschäfte, Berlin 1878.
Krainz, System des österreichischen Privatrechts I, 3. Aufl., Wien 1899.
Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
— Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess, Berlin 1894.
— in der Zeitschrift für Z.P. Bd. 29.
Laband, in Goldschmidts Zeitschrift für H.R. Bd. 10.
Lehmann, Die Haftung des Akzeptanten, Dissertation Berlin 1899.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Jahrbüchern Bd. 36.
Leonhard, Vertretung bei Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1900.
Mitteis, Lehre von der Stellvertretung, Wien 1885.
Petersen, in der Zeitschrift für Z.P. Bd. 9.
Petersen-Anger I, Z.P.O., 5. Aufl., Lahr 1904.
Planck, G., B.G.B., 1.—3. Aufl., Berlin 1903.
Planck, J. W., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts I, Nördlingen 1887.
Rehbein, B.G.B. I, Berlin 1899.
Reincke, Z.P.O., 5. Aufl., Berlin 1900.
Romeick, Vollmacht, in Jahrb. der württemb. Rpfl. Bd. 12.
Rosenberg, Beweislast, Berlin 1900.
Rümelin, Handeln im fremden Namen, im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 93.
Sarwey, Z.P.O., Berlin 1879.
Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung I, Leipzig 1900.
Seuffert, Z.P.O., 8. Aufl., München 1904.
Siber, Kompensation, Leipzig 1899.
Sintenis, Der simulierte Prozess, Zeitschr. f. Z.P. Bd. 30.
Staub, H.G.B., 6. u. 7. Aufl., Berlin 1900.
Staudinger, B.G.B., 2. Aufl., München 1903.
Struckmann-Koch, Z.P.O., 8. Aufl., Berlin 1901.
Wach, Handbuch des Zivilprozessrechts I, Leipzig 1885.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts I, Stuttgart 1903.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878.
Wilmoski-Levy, Z.P.O., 7. Aufl., Berlin 1895.
Windscheid-Kipp, Lehre der Pandekten, 8. Aufl., Stuttgart 1900.
Wolff, Bau auf fremden Boden, Jena 1900.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, Berlin 1890.

§ 1.

Begriffsbestimmung.

Vollmacht[1]) zu Rechtsgeschäften[2]) ist die auf Parteiwillen[3]) beruhende Vertretungsmacht für privatrechtliche Willenserklärungen.

Die gleichfalls auf Parteiwillen[3]) gegründete Prozessvollmacht[4]) bedeutet Vertretungsmacht für Prozesshandlungen.

Rechtsgeschäft ist eine auf eine rechtliche Wirkung gerichtete, private Willenserklärung, bei der die Wirkung kraft Rechtsordnung eintritt, weil sie gewollt ist.[5]) Prozesshandlungen[6]) sind solche Willensbetätigungen der Partei, die im Laufe eines Rechtsstreites zum Zwecke seiner Durchführung vorgenommen werden.

Auch die im Gesetz[7]) besonders genannten, Vergleich,[8]) Verzicht und Anerkenntnis im Prozess[9]) sind nicht nur Rechts-

---

[1]) Die Praxis versteht unter Vollmacht auch die Vollmachtsurkunde, B.G.B. § 172. Die Z.P.O. § 80 spricht von „schriftlicher Vollmacht".

[2]) B.G.B. §§ 164—176; auch H.G.B. u. a. a. O.

[3]) „Gewillkürt" im Gegensatz zur gesetzlichen Vertretung.

[4]) Z.P.O. §§ 78—89.

[5]) Sehr vorsichtig sagt Windscheid-Kipp S. 266f.: „Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist in der neueren Zeit ein Lieblingsthema der wissenschaftlichen Verhandlung geworden. Genau genommen sollte man daher nicht sagen: Rechtsgeschäft ist das und das, sondern: Unter Rechtsgeschäft verstehe ich das und das." Vgl. auch Dernburg S. 330.

[6]) Wach S. 576: „Prozesshandlungen sind die durch die Prozessordnung normierten Handlungen, d. h. die in das Zivilrechtspflegeverfahren fallenden, von seinem Zweck ergriffenen, ihm dienenden rechtserheblichen Handlungen, sowohl die gerichtlichen wie die aussergerichtlichen, die prozessualen Rechtsgeschäfte und die Rechtshandlungen im weiteren Sinne."

[7]) Z.P.O. §§ 81, 83.

[8]) Ueber den dem Urteil verwandten Prozessvergleich vgl. Bülow S. 75; Hellwig, Anspr. u. Klrecht. S. 158.

[9]) Ihre besondere Aufführung im Gesetz ist nur erklärend. Vgl. Gaupp-Stein S. 240; ferner Wach, Z. f. Z.P. Bd. 27 S. 11: „Die Aufzählung des § 81 hat lediglich exemplifizierende Tendenz".

geschäfte im Sinne des B.G.B., sondern auch prozessuale Handlungen; zwar kann die Partei mittelbar auch durch sie auf die Gestaltung der wechselseitigen Rechtsverhältnisse einwirken, aber das öffentlichrechtliche Prozessverfahren hat nicht die Tendenz, neue Rechte zur Entstehung zu bringen, sondern bereits vorhandene zu schützen und zu verwirklichen.

Auch aus praktischen Gründen empfiehlt es sich für Verzicht, Vergleich und Anerkenntnis im Prozess die prozessuale Natur massgebend sein zu lassen, besonders für den Umfang der Vollmacht, weil ihre Wirkung sich leicht durch prozessuales Versäumnis oder Geständnis herbeiführen liesse.[1])

Die Frage, ob privatrechtliche Willenserklärungen, wie z. B. Aufrechnung, Wandelung, Rücktritt, Anfechtung u. a., wenn sie im Prozess vorkommen, dessen Natur annehmen, hat unter den führenden Geistern der Rechtswissenschaft zu lebhaftem Streite geführt. Im Gegensatz zu Kohler,[2]) der ausführt: „was Teil des Prozesses ist, verliert seine ursprüngliche Natur, wird prozessual und muss sich nach den Regeln des Prozesses behandeln lassen", „denn der Prozess kann nur solche Bestandteile dulden, die sich ihm fügen", sagt Dernburg,[3]) dass solche rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht dadurch ihrer rechtsgeschäftlichen Natur verlustig gehen, wenn sie in der Form einer Prozesshandlung vorgenommen werden.

Dieser Streit ist von grosser praktischer Bedeutung geworden für die Frage, ob nach Z.P.O. § 81 der Prozessbevollmächtigte zur Erklärung der Aufrechnung im Prozess einer besonderen Vollmacht bedarf.

Bei Beantwortung dieser Frage wird davon auszugehen sein, dass derjenige, der im Prozess zu Angriff und Verteidigung ermächtigt ist, auch die dazu erforderlichen Erklärungen abzugeben befugt ist, selbst wenn diese zufällig zugleich eine

---

[1]) Vgl. Wach S. 577; Jünger S. 15 leitet aus der geschichtlichen Entwicklung einen scharfen Gegensatz her zwischen den Prozesshandlungen und den sog. Dispositionshandlungen.

[2]) Zeitschr. f. Z.P. Bd. 29 S. 1; vgl. auch Weismann, Z. f. Z.P. Bd. 129 S. 17 ff.

[3]) S. 332; ebenso Endemann S. 278.

materiellrechtliche Wirkung haben. Denn, „wer Prozessvollmacht erteilt, will, dass der Prozessbevollmächtigte im Prozesse so handeln darf und soll, wie der Vollmachtgeber selbst es nach Vorschrift des Gesetzes kann".[1])

Diese rechtsgeschäftlichen Erklärungen kommen sehr häufig durch die Klageerhebung erst zum Ausdruck, und da diese als prozessbegründender Akt eine der wichtigsten Prozesshandlungen ist, dürfte kein Grund vorliegen, diesen Handlungen, deren materiellrechtliche und prozessuale Doppelnatur häufig genug gar keine Unterscheidung zulässt,[2]) den prozessualen Charakter zu versagen.[3]) Hinsichtlich der Aufrechnung im besonderen verweist Fitting[4]) noch auf B.G.B. § 209, der für die Unterbrechung der Verjährung die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse anderen unzweifelhaft prozessualen Handlungen gleichstellt.

§ 2.

Vollmacht und Auftrag.

Sowohl die Vollmacht zu Rechtsgeschäften wie auch die Prozessvollmacht sind nach der herrschenden und richtigen Meinung abstrakte[5]) Rechtsbegriffe, welche von dem ihnen zugrunde liegenden Rechte losgelöst eine besondere rechtliche Behandlung erfordern.

Diese selbständige Eigenart der Vollmacht war der römischen Rechtswissenschaft[6]) unbekannt, weil die dazu

[1]) Vgl. Bunsen Z. f. Z.P. Bd. 26 S. 294.

[2]) Vgl. Fitting S. 8: „in der Tat besteht auch zwischen Prozesshandlung und Rechtsgeschäft kein unvereinbarer Gegensatz".

[3]) So auch das Reichsgericht; ferner Wach S. 577 N. 28; Seuffert S. 134; Endemann S. 278 und viele andere. Dagegen Planck, B.G.B. zu § 388, 1; Siber S. 113 u. a.

[4]) Fitting S. 15; vgl. auch Müller S. 156f.

[5]) Dagegen Planck, B.G.B. S. 292, allerdings nicht mehr unbedingt, da er beide Auffassungen für möglich hält, im wesentlichen sich aber auf § 186 Abs. 1 B.G.B. stützt. Hiergegen spricht jedoch § 167 Abs. 1, der keinerlei Verweisung auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis enthält.

[6]) Hupka, Die V., S. 8, hält es für ungenau, wenn gewöhnlich gesagt wird, in der römischen Rechtssprache bedeute der *terminus mandare* sowohl den Auftrag als auch die Vollmacht.

nötige Voraussetzung eines entwickelten Stellvertretungsbegriffes fehlte. Im römischen Zivilprozess[1]) hatte die Zulässigkeit prozessualer Vertreter allerdings allmählich — zuerst in der Gestalt des *cognitor*, der *domini loco* stand — Eingang gefunden.

Aber das römische Prozessrecht und ebenso das gemeine Recht, welches seit dem 17. Jahrhundert die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung auch für Rechtsgeschäfte als *ius receptum* enthielt, betrachteten die Stellvertretung aus dem Gesichtspunkte der ihr zugrunde liegenden materiellrechtlichen Verhältnisse und unterstellte sie deren Regeln.

Es folgte der weitere Fehler, dass man aus den verschiedenen Vertragsverhältnissen, die vorzugsweise eine Stellvertretung herbeiführen, dass häufigste und deshalb praktisch wichtigste, den Auftrag, herausgriff und, wie Hupka[2]) sehr anschaulich sagt, die gewillkürte Stellvertretung unter seine juristische Schablone presste.

Das gleiche Schicksal hatte die Prozessvollmacht, denn, sagt Wetzell,[3]) „bestellt wird der Prokurator durch ein Mandat, das nicht bloss für das Verhältnis des Prokurators zum Prozessgegner massgebend ist, sondern auch für die obligatorischen Beziehungen zwischen dem *procurator* und dem *dominus*".

Diese Verschmelzung der Stellvertretung mit dem Auftrag hat natürlich auch in die älteren Kodifikationen[4]) Eingang gefunden. Ihering[5]) tat einen bedeutenden Schritt vorwärts, indem er betonte, dass das Zusammentreffen des Auftrags mit der Stellvertretung nur ein zufälliges sei, wagte sich aber über Vormund und *negotiorum gestor* nicht hinaus und versagte gegenüber der gewillkürten Stellvertretung.

---

[1]) Für das Legisaktionsverfahren galt der Satz: *nemo alieno nomine agere potest*, ausser für einzelne ganz bestimmte Klagen, wie z. B. *pro rei publicae causa absente* u. a. m.

[2]) Hupka, D. V. S. 10.

[3]) Wetzell, S. 81 u. 82; vgl. auch L. 42 § 2 D. *de proc.* (3, 3).

[4]) A.L.R. I, 13, 1; Oesterr. Allgem. B.G.B. § 1002; *Code Napoléon* art. 1984.

[5]) Jahrb. f. D. Bd. I S. 312.

Erst Laband[1]) führte die vollkommene Trennung der Vollmacht durch mit folgenden Ausführungen:

Auftrag und Vollmacht können zusammenfallen, aber nur zufällig, nicht notwendig, denn es können einerseits Aufträge ohne die Ermächtigung zu einer direkten Stellvertretung erteilt werden, wie dies im römischen Recht bei den meisten Geschäften gar nicht anders möglich war, aber auch heute nicht nur in den typischen Fällen des Kommissionärs oder Spediteurs, sondern auch sonst sehr häufig vorkommt, andrerseits gibt es aber auch Vollmachten, die unabhängig sind von dem Vorhandensein eines entsprechenden Auftrages. Dies ist nicht nur der Fall bei den gesetzlich fest umschriebenen Vollmachten des Prokuristen, des persönlich haftenden Gesellschafters, des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, sondern auch bei Vollmachten, deren Umfang durch den Parteiwillen bestimmt wird, müssen sich Vollmacht und Auftrag durchaus nicht immer decken. Daraus ergibt sich aber, dass Vollmacht und Auftrag nicht die innere und äussere Seite desselben Rechtsverhältnisses, sondern zwei an sich verschiedene Rechtsverhältnisse sind, die nur tatsächlich in vielen Fällen zusammentreffen.[2])

Laband wurde zuerst heftig bekämpft, u. a. von Curtius,[3]) Canstein[4]) und Schlossmann;[5]) seitdem[6]) ist aber „die Verschiedenheit der Begriffe Auftrag und Vollmacht wissenschaftliches Gemeingut“[7]) und für die moderne Gesetzgebung massgebend geworden, die ganz im Geiste des neu errungenen Begriffes sowohl für das Rechtsgeschäft wie für den Prozess[8])

[1]) In Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. X S. 183 ff.

[2]) Für die Prozessvollmacht denke man z. B. an die Bestellung eines Anwalts zum Prozessbevollmächtigten zweiter Instanz, die auch schon vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils zulässig ist. Hier findet eine Bevollmächtigung statt, trotzdem sich noch gar nicht übersehen lässt, ob die zweite Instanz überhaupt beschritten und ein inneres Verhältnis zur Entstehung gelangen wird.

[3]) Arch. f. Z.P. Bd. 58.

[4]) Grünhuts Z. Bd. 3 S. 670.

[5]) Lehre v. d. St. Bd. I.

[6]) Vgl. darüber Blunk S. 17 ff.

[7]) Isay S. 196.

[8]) Vgl. Gaupp-Stein S. 235; Wach S. 569; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 226.

eine systematische Scheidung zwischen der Vollmacht und den verschiedenen Geschäftsführungsverhältnissen durchführt.

Trotzdem hat der Vollmachtsbegriff in der Reichs-Gesetzgebung noch nicht alle Erinnerungen abstreifen können, die ihn mit seiner unfreien Vergangenheit verbinden.

Hierauf wird im Laufe dieser Abhandlung mehrfach hinzuweisen sein.

§ 3.

Entstehung der Vollmacht.

Nach der herrschenden und richtigen Meinung ist die Bevollmächtigung ein einseitiger Rechtsakt.[1])

In der gemeinrechtlichen Lehre war diese Annahme bestritten. Da übrigens die Entscheidung über diese Frage wesentlich bedingt ist durch die Auffassung vom inneren Wesen der Vollmacht, so ist es nur natürlich, dass die ältere Lehre, für welche Auftrag und Vollmacht *synonyma* waren, den Auftrag sowohl für Rechtsgeschäft und Prozess zum Bevollmächtigungsvertrag[2]) stempelte.

Selbst noch Laband[3]) bezeichnet die Vollmacht als einen Konsensualvertrag, während, wie jetzt die herrschende Meinung richtig ausführt, die Vollmacht ein einseitiger Rechtsakt ist, für den nur der alleinige Wille des Prinzipals massgebend ist, ganz unabhängig von einer Annahme des Bevollmächtigten.[4])

Dem Vertreter wird nur die Macht eingeräumt, über die Rechtssphäre des Vertretenen in dessen Namen zu verfügen, so dass nur die Interessen des Vertretenen[5]) berührt werden, während für den Vertreter weder ein Recht noch eine Verpflichtung entsteht, sondern nur die rechtliche Fähigkeit, durch seine Handlungen eine andere Person zu berechtigen oder zu verpflichten.

---

[1]) Vgl. Matthiass S. 239.

[2]) Krainz, §§ 123, 381, spricht von vertragsmässiger Einräumung der Stellvertretungsbefugnis.

[3]) Vgl. Laband S. 208.

[4]) Vgl. u. v. a. Planck, B.G.B. S. 291.

[5]) Trotzdem sind Vollmachten möglich, die im Interesse des Vertreters erteilt werden; vgl. S. 56 dieser Abh.

Zu diesem Grundsatze, der sowohl im bürgerlichen Rechte wie im Prozessrechte herrscht, sagt Wach:[1])

> „Ob der Bevollmächtigte von dem ihm gewordenen Vertretungsrechte Gebrauch machen will, ist seine Sache. Tut er es, so schafft er dadurch sowenig das Vollmachtsverhältnis als er es hindert oder aufhebt, wenn er es nicht tut."

Es fehlt daher jeder innere Grund, die Entstehung der Vollmacht von einer Annahmehandlung des Bevollmächtigten abhängig zu machen.

Diese Auffassung hat auch in das B.G.B. Eingang gefunden, das im § 164 wohlweislich von Vertretungsmacht, aber nicht von Vertretungspflicht oder -Recht spricht und in § 167 bestimmt:

> „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch einseitige Erklärung".

Die Z.P.O. enthält keine eigenen Bestimmungen über die Entstehung der Vollmacht, so dass auch die Erteilung der Prozessvollmacht nach bürgerlichem Rechte erfolgt und demnach als einseitiger Rechtsakt des Vollmachtgebers zu betrachten ist. Z.P.O. § 87 spricht allerdings von der Kündigung des „Vollmachtsvertrages".

Doch darf hieraus nicht gefolgert werden, dass die Z.P.O. in absichtlichem Gegensatze zum B.G.B. die Prozessvollmacht als Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Prozessbevollmächtigten behandelt.

Die Motive gebrauchen die Bezeichnung „Vollmachtsvertrag" sehr selten und in der Lesung wird sie vorsichtig gemieden. Da ferner die Trennung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse doch mindestens seit der Novelle von 1898 zur herrschenden Lehre gehört, dürfte vielmehr mit Sicherheit anzunehmen sein, dass die Bezeichnung „Vollmachtsvertrag" nur ein Versehen im Ausdruck

---

[1]) S. 569; ähnlich Biermann S. 21: „Die Erklärung des Vollmachtgebers gewährt eine Erweiterung der rechtlichen Fähigkeiten, nicht der Rechte" des Bevollmächtigten.

ist. Diese Auffassung, welche allgemein[1]) vertreten wird, ist von Seuffert[2]) durch den Satz erläutert, dass

> „Kündigung des Vollmachtsvertrages in der Ausdrucksweise des B.G.B. den Widerruf der Vollmacht durch den Vollmachtgeber und die Kündigung des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bedeuten soll".

Endemann[3]) macht noch mit Recht darauf aufmerksam, dass die Fassung der Nebengesetze[4]) die sprachliche Unterscheidung zwischen Vollmacht und Auftrag auch an anderen Orten nicht immer mit der erforderlichen Sorgfallt beachtet. Auch in Z.P.O. § 754 wird offensichtlich Beauftragung statt Vollmacht gesagt; denn abgesehen davon, dass hier überhaupt kein Auftrag, sondern ein Dienstvertrag vorliegen dürfte, kommt es hier nur darauf an, dass der Gerichtsvollzieher Vertretungsmacht hat. Dem entspricht es auch, dass Z.P.O. § 755 den Gerichtsvollzieher durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in § 754 erwähnten Handlungen „ermächtigt". In § 755 Satz 2 wird allerdings wiederum Auftrag für Vollmacht gesagt, obwohl für den Schuldner und den Dritten auch hier wieder nur der Mangel oder die Beschränkung der Vertretungsmacht von Bedeutung sind. Die gleiche Verwechslung dürfte auch dem § 89 Z.P.O. zugrunde liegen,[5]) der von einem Geschäftsführer ohne Auftrag spricht, obgleich es für das Gericht nur wesentlich ist, ob der Geschäftsführer mit oder ohne Vollmacht handelt.

Da nun die ältere Lehre den Auftrag als Vollmachtsvertrag zu bezeichnen pflegte, und da sich ferner aus den

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein S. 248; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 228 u. 231; Wach S. 568.

[2]) Seuffert S. 140.

[3]) Endemann S. 401.

[4]) Auch R.G.E. vom 29. Juni 1883 (E. XI S. 370) spricht von Vollmachtsvertrag.

[5]) Vgl. Gaupp-Stein S. 254 N. 2; auch Wach S. 608 über §§ 166, 167 Z.P.O.

oben erwähnten Fällen ergibt, dass in der Z.P.O. die Trennung der Vollmacht von dem Auftrage nicht immer mit genügender Schärfe hervortritt, dürfte sich auch die Bezeichnung Vollmachtsvertrag in Z.P.O. § 87 nur als eine sprachliche Ungenauigkeit, als ein Nachklang der alten Lehre darstellen.

Auch Wach bemerkt hierzu, dass das Wort „Vollmachtsvertrag" nur enuntiativ sei, und dieser falschen begrifflichen Konstruktion keine Gesetzeskraft zukomme, denn „falsche Dogmatik des Gesetzgebers bindet nicht".[1])

Nicht einmal die Kenntnis des Vertreters ist nach der herrschenden und richtigen Meinung[2]) zur Wirksamkeit der Bevollmächtigung nötig, weil das Bewusstsein des Vertreters nur von Bedeutung sein kann für die Gestaltung des inneren Verhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten.

Dieser Ansicht hat sich auch das B.G.B. in § 167 angeschlossen.

Der Satz, dass nur die dem Dritten erklärte und bekannt gegebene Vollmacht giltig sei, dürfte ebenfalls nicht unbedenklich sein. Denn das Wesen der Vollmacht hat, wie Hupka[3]) ausführt,

> „keine ausschliesslich bestimmte subjektive Richtung der äusseren Erklärung".

Noch in jüngster Zeit hat diese Frage, trotzdem der Wortlaut des B.G.B. keinen Zweifel lässt, ein lebhaftes *pro et contra* erregt; es sollte allerdings nicht verkannt werden, dass die Adresse der Prozessvollmacht eine ausgesprochene Neigung zeigt, zur Kenntnis des Prozessgegners zu gelangen. Trotzdem lässt sich hierdurch kein Gegensatz zwischen der Prozessvollmacht und der zu Rechtsgeschäften herleiten, denn die Z.P.O. überlässt die Bestimmungen über das Entstehen der Vollmacht — als für den Prozessbetrieb nicht wesentlich

---

[1]) Wach S. 568 N. 4; vgl. auch Isay S. 211 N. 3.

[2]) Auch gemeinrechtlich vorherrschend; vgl. Karlowa S. 59; dagegen Mitteis S. 187 f.

[3]) Hupka, Die Vollmacht S. 106; gegen ihn Hellwig i. Z. f. Z.P. Bd. 29 S. 520 ff.; Lenel S. 15; dagegen Planck, B.G.B. S. 291.

— dem B.G.B., so dass auch die Richtung der Vollmachtserklärung nur nach dessen Vorschriften bestimmt wird.

Die Vollmacht kann sogar *in rem* gerichtet sein, so dass an die Stelle der Erklärung die öffentliche Kundgebung des Vollmachtswillens tritt. Man vermisst im B.G.B. allerdings eine ausdrückliche Bestimmungen darüber; die Analogie der §§ 167, 1 und 171, 1 spricht aber dafür, ganz abgesehen von einer extensiven Interpretation der Worte des § 167: „oder dem Dritten".[1])

Für die Prozessvollmacht kommt noch eine weitere Richtung der Vollmachtserklärung in Betracht, welche auch in äussere Erscheinung tritt in § 80 Z.P.O., wonach die schriftliche Vollmacht zu den Gerichtsakten abzugeben ist, also auch zur Kenntnis des Gerichts gelangt. Hiernach kann auch dieses Adressat der Vollmachtserklärung sein, denn die Erklärung an das Gericht spricht nicht die Absicht der Bevollmächtigung aus, sondern ist die Bevollmächtigung selbst, wenn sie für den Gegner auch erst beachtlich wird, nachdem sie ihm kundgetan ist. Das Gericht ist ebenfalls „rechtlicher Interessent",[2]) und die „Dreiseitigkeit[3]) des Prozesses" braucht nicht dadurch ausgeschlossen zu werden,[3]) dass das Gericht über den Parteien steht, denn trotz dieser Ueberordnung des Gerichts ist ein Rechtsverhältnis zwischen diesem und den Parteien denkbar, wenn es sich auch nicht als ein „zivilistisches", sondern als publizistisches[4]) darstellt. Die Vorschrift des § 80 Z.P.O., dass die schriftliche Vollmacht zu den Gerichtsakten abzugeben ist, unterscheidet sich noch insofern von B.G.B. § 174, als dort für den schriftlichen Nachweis der Vollmacht nur verlangt wird, dass sie dem Gegner vorgelegt wird.

Die Vorschrift des § 80 Z.P.O. bildet sogar eine Ausnahme von der Regel, dass die Urschriften vorgelegter Ur-

---

[1]) Vgl. Enneccerus-Lehmann S. 231; Crome S. 461.

[2]) So Wach S. 571; vgl. auch Gaupp-Stein S. 235; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 228.

[3]) Sintenis S. 375; dagegen Kohler, Proz. als Rechtsverh. S. 6ff. u. S. 13ff.

[4]) Sintenis S. 376.

kunden bei den Handakten des Beweisführers bleiben. Trotzdem war sie geboten, um den Gegner gegen den Einwand zu sichern, dass er mit einem *falsus procurator* prozessiert habe. Aus dieser Absicht des Gesetzes erklärt es sich auch, dass die Vollmachtsurkunde selbst nach Erledigung des Prozesses nicht zurückgegeben werden darf, während die rechtsgeschäftliche Vollmachtsurkunde nach § 175 B.G.B. von dem Vollmachtgeber zurückgefordert werden kann. Das Prozessrecht enthält endlich noch einige Bestimmungen technischer Natur, welche zwar nicht für das Entstehen der Vollmacht in Betracht kommen, dem Dritten und dem Gericht aber — ähnlich § 174 B.G.B.[1]) — eine Prüfung der bereits entstandenen Vollmacht gestatten. So kann nach § 88 Z.P.O. der Mangel der Vollmacht in jeder Lage des Rechtsstreits von dem Gegner gerügt werden. Diese Rüge — keine prozesshindernde Einrede im Sinne von § 274 Z.P.O. — wird daher auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Partei die Bevollmächtigung zugestanden oder eine erhobene Rüge zurückgenommen hat. Nach § 88 Abs. 2 ist der Mangel der Vollmacht sogar von Amts wegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.[2])

Diese Prüfung von Amts wegen im Parteiprozess ist nach den Motiven[3]) das sicherste und kürzeste Mittel, um zwecklose Verhandlungen mit nicht legitimierten Personen auszuschliessen. Für den Anwaltsprozess dagegen hat das Gesetz auf eine solche amtliche Prüfung des Vollmachtspunktes verzichtet, weil die Anwälte nicht allein fähig sind, ihre Vollmachten gegenseitig zu prüfen, sondern „ihre Stellung auch die Garantie gewährt,[3]) dass sie diese Prüfung ordnungsmässig vornehmen werden". Es tritt hinzu, dass durch die amtliche Prüfung der Vollmacht eine Mehrarbeit entsteht, welche naturgemäss eine Verzögerung des Prozessbetriebes zur Folge haben muss[4]); um so lieber hat daher das Gesetz im Anwaltsprozess

---

[1]) Vgl. S. 10ff. dieser Abh.

[2]) Eine erschöpfende Aufzählung der vielen Fälle versucht Gaupp-Stein S. 231.

[3]) Motive S. 193. [4]) Vgl. Fischer, Bem. z. Z.P.Novelle S. 363.

auf die Prüfung der Vollmacht verzichtet. Auch im Parteiprozess erleidet § 88, 2 eine Einschränkung durch § 703 beim Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder bei Erhebung des Widerspruchs gegen solchen. Dagegen gilt § 88, 2 auch in einem vom Anwaltszwange befreiten Verfahren, selbst wenn es mit einem Anwaltsprozesse zusammenhängt, und auch ein Anwalt als Prozessbevollmächtigter auftritt.

Diese Tatsache, über welche nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht hinwegzukommen ist,[1]) hat zu grossen praktischen Unzuträglichkeiten geführt. Trotzdem wurde bei Beratung der Novelle von 1898[2]) eine Aenderung des Gesetzes ohne Erfolg beantragt.

Dagegen hat bei dem Gesuch um Terminbestimmung (§ 216 Z.P.O.) eine Prüfung der Vollmacht von Amts wegen nicht zu erfolgen. Dieser Satz wurde früher bestritten.[3]) Dank seiner grossen praktischen Bedeutung hat schon 1880 Hellmann[4]) darauf hingewiesen, dass die Notwendigkeit der Vollmachtsprüfung bei Einreichung der Klageschrift zum Zwecke der Terminbestimmung aus § 88 nicht gefolgert werden dürfe, da die Prüfung der Vollmacht eine Pflicht des Gerichts, aber die Bestimmung des Termins Sache des Vorsitzenden sei, deren beider Tätigkeit das Gesetz verschieden behandelt und unterscheidet.[5]) Auch die Absicht des Gesetzes, nur zwecklose Verhandlungen durch Prüfung der Vollmacht abzuschneiden,[6]) unterstützt Hellmanns Auffassung. Es darf ferner nicht übersehen werden, dass nach dem die Z.P.O. beherrschenden Grundsatze der Mündlichkeit, das Gericht die Vollmacht erst bei der mündlichen Verhandlung zu prüfen hat, der die Anberaumung des Termins vorausgeht.

Zum Schlusse sei noch auf eine Ausnahme von der

[1]) Petersen, S. 225, legt den Abs. 2 dahin aus, dass gesagt werden soll: „soweit es sich nicht um einen Anwaltsprozess handelt". Hiergegen spricht aber der Wortlaut des Gesetzes.

[2]) Vgl. Komm.-Bericht S. 33.

[3]) Vgl. Struckmann-Koch, 2. Auflage zu § 193.

[4]) Hellmann in Bl. f. R.A. i. B. Bd. 45 S. 193ff.

[5]) Vgl. Z.P.O. §§ 136, 139, 140, 141—157.

[1]) Planck, Lehrbuch des Z.P. S. 239.

Regel des § 88 hingewiesen: Nach §§ 613, 640, 641 wird sogar eine Prüfung der Vollmacht von Amts wegen angeordnet, trotzdem eine Vertretung durch Anwälte geboten ist.

Alle diese Vorschriften behandeln aber nicht *essentialia* der Vollmacht, sondern dienen nur als Hilfsmittel zur Sicherung des Prozessbetriebes, damit, wie Isay[1]) hervorhebt, „es nicht unklar bleibt, dass eine so wichtige staatliche Tätigkeit wie die Urteilsfällung, kein blosser Schlag ins Wasser sei".

§ 4.

Form der Vollmachtserklärung.

Im gemeinen Recht war die Form der Vollmachtserklärung nicht allgemein geregelt.

Das preussische Landrecht[2]) und der *Code civil*[3]) jedoch schrieben schriftliche Errichtung vor nach ihren allgemeinen Regeln über die Klagbarkeit von Verträgen.

Das B.G.B.[4]) kennt dagegen in § 167 Formfreiheit an, die mangels entgegenstehender Vorschriften in der Z.P.O. auch für die Prozessvollmacht gilt.[5])

Hierdurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Formfreiheit der Vollmacht nicht eintritt, wenn die Vollmacht als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäftes erscheint, z. B. ein solches, das die Veräusserung von Grundstücken bezweckt, und der durch § 313 vorgeschriebenen Form bedarf.[6])

Noch in einigen anderen Fällen hat man den Grundsatz der Formfreiheit verlassen.

Hierher gehört B.G.B. § 1945, 2, der zur Ausschlagung einer Erbschaft eine öffentlich beglaubigte Vollmacht verlangt (cf. § 1484, 2) und H.G.B. § 252, wonach für die Vollmacht zur Abstimmung in der Generalversammlung einer Aktien-

---

[1]) Isay S. 213.

[2]) I, 13 § 7; cf. I, 5 §§ 131 ff.

[3]) *Code civil* Art. 1985; cf. 1341 ff.

[4]) So auch das österr. B.G.B. § 1005; cf. 863/883.

[5]) Vgl. Wach S. 570.

[6]) R.G. v. 5. Februar 1902, 50, S. 167 ff.; J.W. 1902, Beil. S. 191 ff.

gesellschaft schriftliche Form erforderlich ist; ferner H.G.B. § 12, G.B.O. § 29, F.G.G. §§ 13, 107—109, Z.V.G. §§ 71, 82.

Endlich bestimmt B.G.B. § 174, dass ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam ist, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt,[1]) und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Kenntnis von der Bevollmächtigung schliesst die Zurückweisung jedoch aus.

Diese Bestimmung ist ausserordentlich wichtig für den Dritten, weil dieser, wie Matthiass[2]) richtig ausführt, auf seine Gefahr mit dem Vertreter abschliesst, „der Dritte wird sich also über den Bestand der Vollmacht vergewissern und eventuell einen Vertragsantrag ablehnen. Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist dem Dritten die Ablehnung des Geschäfts durch Ablehnung der empfangsbedürftigen Willenserklärung nicht möglich; andererseits hat er ein dringendes Interesse daran, zu wissen, ob das Geschäft Wirksamkeit hat oder nicht".

§ 174 ist auch auf den Prokuristen anwendbar, der allerdings infolge H.G.B. § 15, 2 von der Vorlegung regelmässig enthoben sein wird, sobald die Prokura eingetragen und bekannt gemacht ist; für gesetzliche Vertreter dagegen dürfte § 174 nur dann gelten, wenn sie durch obrigkeitliche Anordnung bestellt sind ohne öffentliche Bekanntmachung ihrer Bestellung oder ohne Kenntnis des Schuldners.[3])

Z.P.O. § 80[4]) spricht ähnlich wie § 174 B.G.B. nur von einem Nachweisen der Bevollmächtigung durch schriftliche

---

[1]) Matthiass S. 240: „Die Urkunde muss dem Vertreter von dem Vertretenen ausgehändigt sein; stiehlt sie z. B. der Vertreter, so hat er keine Vertretungsmacht. Die Aushändigung genügt aber. Der Empfänger hat daher Vertretungsmacht, wenn die Uebergabe der Urkunde nur zum Zwecke der Durchsicht erfolgte." Endemann S. 405: „Voraussetzung ist, dass die Urkunde echt und dem Vertreter ausgehändigt ist."

[2]) Matthiass S. 243.

[3]) Vgl. Hellwig, Anspr. S. 360; über die Stellung des Konkursverwalters zu § 174 vgl. Habicht, J.W. 1901 S. 733.

[4]) § 80 gilt für jeden Bevollmächtigten, auch für den Rechtsanwalt.

Urkunde.[1]) Ist die Bevollmächtigung jedoch nachzuweisen, so muss sie schon vorhanden sein, denn nachweisen lässt sich nur eine bereits vorhandene Tatsache.

Die Erteilung der Vollmacht kann daher mündlich[2]) oder schriftlich im Gericht oder aussergerichtlich erfolgen.[3]) Richtig schliesst daher Wach[4]) aus den §§ 80, 89, 2: „Die mündliche aussergerichtliche Vollmacht genügt für die Vergangenheit, für den Nachweis der zukünftigen Stellvertretungsberechtigung ist schriftliche Vollmacht oder gerichtliche Erklärung[5]) im Prozess erforderlich."

Private und öffentliche Urkunden sind gleichgestellt; allerdings kann der Gegner nach § 80, 2 verlangen, dass Privaturkunden gerichtlich oder notariell beglaubigt werden,[6]) ohne dieses Verlangen zu begründen oder die Echtheit der Urkunde zu bestreiten. Ja selbst durch frühere Anerkennung der Echtheit wird das Verlangen der Beglaubigung nicht ausgeschlossen.[7])

Diese Vorschriften stellen aber nur das Recht des Gegners und die Pflicht des Gerichts fest, die Prozessführung des Bevollmächtigten wegen nicht gehörig ausgewiesener Vollmacht vorläufig zu hindern. Die Wirksamkeit der Vollmacht an

---

[1]) Seuffert S. 131: „Nur die schriftliche Beurkundung ist als Beweismittel der Bevollmächtigung zugelassen."

[2]) Wach S. 570: „Z.P.O. § 89, 2 denkt an aussergerichtliche, mündliche Bevollmächtigung, deren Beweis mit allen Beweismitteln erbracht werden kann und notwendig wird, wenn der Vollmachtgeber z. B. nachträglich leugnet oder stirbt."

[3]) Fingiert wird sie in § 62 Z.P.O.; vgl. Planck, Lehrbuch d. Z.P. S. 228 N. 18.

[4]) Wach S. 570.

[5]) „Durch mündliche Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder zum Sitzungsprotokoll oder Ueberreichung eines Schriftstücks an den Gegner bzw. zu den Akten"; Motive zu § 80: „Es durfte hier ferner übergangen werden, dass die Vollmacht auch mündlich zu Protokoll des Gerichts erklärt werden kann."

[6]) Für Vollmachten in fremder Sprache siehe Z.P.O. § 142, 3; die Vorschriften über die Gerichtssprache gelten für die Vollmacht nicht, da sie keine Prozesshandlung ist; vgl. Gaupp-Stein S. 237.

[7]) Vgl. Seuffert S. 132.

sich wird hierdurch nicht berührt, denn nach § 89, 2 sind die vom Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen für die vertretene Partei gültig, sofern er ohne Nachweis seiner Vertretungsmacht zugelassen wurde, gleichviel in welcher Form[1]) ihm die Vollmacht erteilt war. Auch die Prozessvollmacht ist demnach Willenserklärung der Partei oder des an ihrer Stelle zur Bevollmächtigung Berechtigten und weder an *verba solennia* noch an eine bestimmte Erscheinungsform von Wort oder Schrift gebunden. Nach § 90 Abs. 2 bedarf er überhaupt keiner Bevollmächtigung, wenn das vom Beistand Vorgetragene von der anwesenden und nicht behinderten Partei nicht sofort widerrufen oder berichtigt wird.[2])

Ein Irrtum ist es, wenn behauptet wird,[3]) dass die Geltendmachung eines durch Stellvertreter begründeten Anspruchs im Urkundenprozess nach Z.P.O. § 592 durch die Beibringung einer entsprechenden Urkunde bedingt ist, denn die Prozessvollmacht ist keine Tatsache zur Begründung des Anspruchs. Eine Sonderstellung in der Z.P.O. nimmt dagegen § 755 ein, wonach der Gerichtsvollzieher dem Schuldner oder Dritten gegenüber zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in § 754 aufgeführten Handlungen als ermächtigt gilt, falls er sich im Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung befindet, gleichgiltig, ob dieser Besitz auf den Willen des Geschäftsherrn zurückzuführen ist oder nicht.

Eine Ausnahme von der Regel des Z.P.O. § 80 enthält Z.P.O. § 703, nach dem es des Nachweises einer Vollmacht nicht bedarf, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls[4]) nachgesucht wird oder für den Schuldner Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl erhoben wird.

---

[1]) § 89 spricht von stillschweigender Genehmigung der Prozessführung. Die stillschweigende Willensäusserung bei Erteilung der Vollmacht spielt vorzugsweise im Gebiete des Handelsverkehrs eine grosse Rolle; vgl. auch Z.P.O. § 90, 2.

[2]) Vgl. Wach S. 571 f.

[3]) So Hupka, Die Vollmacht S. 113; dagegen Hellwig, Ztschr. f. Z.P. Bd. 29 S. 524.

[4]) Wohl aber für einen Vollstreckungsbefehl und den Einspruch dagegen.

Zum Schlusse dieses Abschnitts ist auch noch auf eine Art von „Vollmachtsvermutungen“ [1]) hinzuweisen, durch die das Gesetz in einzelnen Fällen den Parteien zu Hilfe kommt, indem es vorschreibt, dass gewisse Handlungen als typische Betätigungen eines Bevollmächtigungswillens anzusehen sind.

So H.G.B. § 56, nach dem die in einem Laden oder Warenlager Angestellten zu den üblichen Käufen und Empfangnahmen als ermächtigt gelten;[2]) ebenso B.G.B. § 714, wonach ein Gesellschafter zur Vertretung des anderen insoweit als ermächtigt gilt, als ihm durch den Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte übertragen wurde.

Nach B.G.B. § 370 gilt ferner der Ueberbringer[3]) einer Quittung[4]) zum Empfang der Zahlung ermächtigt, sofern nicht dem Zahlenden Umstände bekannt sind, die der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Endlich gilt nach R.G.B.O. § 15 (ebenso §§ 71, 129 des Ges. betr. die Angel. d. frw. Ger.) der Notar als ermächtigt, im Namen der Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen, falls die zur Eintragung erforderliche Erklärung von ihm beurkundet ist.

Nicht hiermit zu verwechseln sind Fälle der sogenannten „vermuteten Vollmacht“. So hatten nach A.L.R. I. 13 §§ 119ff. Eheleute, nahe Verwandte und andere ein Recht darauf, unter gewissen Umständen zur Besorgung unaufschiebbarer Angelegenheiten auch ohne Vollmacht zugelassen zu werden.

Doch liegt hier überhaupt keine Vollmacht, sondern Handeln ohne Vollmacht vor, bei dem vermutet wird, dass der Vertretene

---

[1]) Hiervon zu unterscheiden sind Fälle dispositiver gesetzlicher Vollmacht; so H.G.B. §§ 125 (161), 146, 493, 526ff.; auch österr. B.G.B. § 1238.

[2]) Vgl. Staub S. 229.

[3]) Ebenso der verwandte § 1033 des österr. B.G.B., nach dem die Ueberbringung eines zwischen Familienhaupt und Verkäufer geführten Einschreibebuchs Dienstpersonen und andere Hausgenossen zu Kreditkäufen namens des Familienhauptes ermächtigt.

[4]) Biermann, S. 5, meint dagegen, dass es sich bei § 370 nicht um eine Vollmacht handle, da der Ueberbringer ohne weiteres auch im eigenen Namen die Zahlung wirksam empfangen könne, z. B. indem er erklärt, die Forderung sei ihm abgetreten worden; hiergegen Hupka, Die Vollmacht S. 125.

die Vollmacht erteilt hätte, falls er die eingetretenen Verhältnisse vorausgesehen hätte. Während das B.G.B. dieses Rechtsinstitut unerwähnt lässt, liegt eine ähnliche Erwägung dem § 89 Z.P.O. zugrunde, nachdem jedermann [1]) als Geschäftsführer ohne Vollmacht in der Voraussicht der zukünftigen Genehmigung zur Prozessführung zugelassen werden kann. Noch in zwei anderen Fällen kann unter Umständen der Prozessbevollmächtigte in gewissen Grenzen ohne Vollmacht mit Rechtswirksamkeit gegenüber dem Dritten handeln. Da nämlich nach § 88 Abs. 2 eine Prüfung der Vollmacht von Amts wegen nicht stattfindet, bleibt diese Prüfung den Parteien überlassen. Verzichtet jedoch die Partei, was im Anwaltsprozesse häufig vorkommt, auf Prüfung des Vollmachtspunktes, so tut sie dies auf ihre eigene Gefahr,[2]) und so lange der Mangel der Vollmacht nicht gerügt wird, hat der Anwalt die Vermutung für sich, dass ihm Prozessvollmacht erteilt ist. Wenn ferner dem Anwalte wirklich Prozessvollmacht erteilt ist, so umfasst diese Vollmacht die in § 81 aufgeführten Handlungen, deren Beschränkung nur nach Massgabe von § 83 zulässig ist. Ist nun aber Prozessvollmacht mit solchen Beschränkungen erteilt, so wird dies in der Regel [3]) in die Vollmachtsurkunde aufgenommen sein. Macht daher der Gegner von seinem Rechte, den Vollmachtspunkt zu prüfen, keinen Gebrauch, so wird auch hier [4]) der volle Umfang der Vollmacht gemäss § 81 vermutet.

In beiden Fällen wird aber die Prozessvollmacht durch den entgegenstehenden Willen des Vollmachtgebers ganz oder teilweise hinfällig und die Partei muss die Folgen der Nachlässigkeit tragen, wenn der Anwalt keine oder nur beschränkte Vollmacht hat und unbeschränkte behauptete und danach handelte.“ [5])

---

[1]) Also ohne das *mandatum praesumptum* des gemeinen Rechts; vgl. Wetzell S. 77; Wach S. 593; ferner S. 41 ff. dieser Abh.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein S. 243; Seuffert S. 137; Wach S. 578 N. 32; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 233.

[3]) Vgl. S. 34 dieser Abh.

[4]) Vgl. Wach S. 579 und Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 233 N. 50 u. S. 239.

[5]) So Wach S. 578 N. 32.

§ 5.

Innere Gültigkeitserfordernisse.

Die Vollmacht ist eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht und verlangt als solche auf Seite des Vollmachtgebers die rechtliche Willensfähigkeit, das Geschäft, zu dem die Vollmacht erteilt wird, selbst abzuschliessen.

Die Fähigkeit eine wirksame Vollmacht zu Rechtsgeschäften zu erteilen, richtet sich daher nach den Grundsätzen der Geschäftsfähigkeit. In der Person des Bevollmächtigten dagegen wird für das bürgerliche Recht Geschäftsfähigkeit nur in beschränktem Umfange gefordert, denn B.G.B. § 165 verzichtet ausdrücklich auf den vollen Umfang der Geschäftsfähigkeit.[1])

Von diesen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts weicht die Z.P.O. nach verschiedenen Richtungen hin ab. Schon die Begriffe der Prozessfähigkeit und der Geschäftsfähigkeit decken sich nicht. Unter Prozessfähigkeit verstehen die Motive[2]) „die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen", d. h. die Fähigkeit, einen Prozess, an dem die Partei beteiligt ist, selbst zu führen oder durch einen von ihr bestellten Prozessbevollmächtigten führen zu lassen. Die Grenzen[3]) dieser Prozessfähigkeit werden in der Z.P.O. ausdrücklich bestimmt in § 52: „Eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge[4]) verpflichten kann". Dagegen ist die Verweisung des § 51[5]) auf das bürgerliche Recht gegenstandslos, da das B.G.B. keine Vorschriften über Prozessfähigkeit kennt. Prozessfähig muss aber nicht nur der Vollmachtgeber, sondern auch der Bevollmächtigte sein; denn wer

---

[1]) B.G.B. §§ 104 ff.; §§ 112, 113.

[2]) So auch das Gesetz, Z.P.O. § 51.

[3]) Vgl. hierüber Planck, Lehrbuch d. Z.P. S. 227.

[4]) B.G.B. §§ 104—114; auch W.O. Art. 1.

[5]) § 51 Satz 2 hat gegenüber dem B.G.B. nur praktische Bedeutung mit Rücksicht auf den Art. 200 Abs. 3 Einf.-Ges. Ueber die Ausschliessung von Personen weiblichen Geschlechts und Geistlichen im gemeinen Recht vgl. Hellmann, Lehrbuch S. 255.

für einen Anderen einen Prozess führen soll, muss selbstverständlich auch selbst zur Vornahme von Prozesshandlungen fähig, also prozessfähig sein.[1])

Es kann daher sehr wohl der Fall eintreten, dass selbst ein Geschäftsunfähiger als Vollmachtgeber auftritt, nämlich nach § 664 Z.P.O. bei der Anfechtungsklage gegen den die Entmündigung ausprechenden Beschluss, da die erfolgte Entmündigung die Prozessfähigkeit des Entmündigten für dies Verfahren nicht ausschliesst. Andererseits ist auch der Fall denkbar, dass eine an sich nicht prozessfähige Person als Prozessbevollmächtigter auftreten kann, nämlich nach § 79 im Anwaltsprozess, wenn der dem Anwalte substituierte Referendar noch nicht prozessfähig ist. Für die mündliche Verhandlung kommt ausser der Prozessfähigkeit noch die Einschränkung des § 157 Abs. 1 Z.P.O. in Betracht, wonach das Gericht, abgesehen von den Fällen des Abs. 4 desselben Paragraphen, ausser Parteien und Beiständen auch Bevollmächtigten den weiteren Vortrag untersagen kann, wenn ihnen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage fehlt.[2]) Ein Bevollmächtigter kann sogar prozessfähig und zum geeigneten Vortrage fähig sein und nach § 157 Abs. 2 trotzdem zurückgewiesen werden, wenn er nämlich das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmässig — wenn auch nicht gegen Entgelt — betreibt. Die durch diese Vorschrift getroffenen Personen werden sogar häufig zum Vortrage in der mündlichen Verhandlung besonders geeignet sein; das Gesetz ermöglicht es aber, sie trotz ausgewiesener Bevollmächtigung zurückzuweisen und behält sich damit ein Mittel vor, „dem Entstehen und verderblichen Treiben einer Winkeladvokatur entgegenzutreten".[3])

Ferner kann weder der Gegner Vertreter sein noch ein Prozessbevollmächtigter beide Parteien vertreten. Dieser Grund-

---

[1]) Die landesgesetzlichen Einschränkungen, wie sie für die Gerichtsvollzieher die preuss. G.V.O. § 15 und die württemb. G.V.O. § 16 enthalten, haben nur disziplinären Charakter.

[2]) Vgl. auch §§ 187—189 G.V.G.

[3]) So die Motive S. 218; vgl. auch Gew.-Ordn. § 35 in der Fassung vom 26. Juli 1900, R.G.Bl. S. 871.

satz wird zwar auch im B.G.B. ausgesprochen, aber § 181 B.G.B. lässt eine Ausnahme zu für den Fall, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Die Regel des Prozessrechts dagegen gilt ausnahmslos sowohl im Anwalts-, wie im Parteiprozess, trotzdem die Z.P.O. eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht enthält;[1]) aber sie ergibt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus dem Wesen des Zivilprozesses, der sich regelmässig als Verhandlung zweier Personen darstellt.

Endlich kennt die Z.P.O. ausser der Prozessfähigkeit auch noch die sogenannte Postulationsfähigkeit des § 78, wonach vor Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich durch einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Rechtsanwalt[2]) als Bevollmächtigten vertreten lassen müssen.

Dieser Anwaltszwang, dessen Vorbild der französische Prozess war, dem sich auch die neueren deutschen Prozessordnungen ausser der württembergischen angeschlossen hatten, findet auf Parteien aller Art Anwendung, auch auf gesetzliche Vertreter, Fiskus, Verwaltungsbehörden und andere; nur der Staatsanwalt der in Ehe-, Familienstands- und Entmündigungssachen kraft seines Amtes Partei ist, bedarf keiner Vertretung.[3]) Dieser Grundsatz der sogenannten „notwendigen Vertretung" ist dem B.G.B. unbekannt, das keinen Fall kennt, in welchem bei der Bestellung eines Bevollmächtigten eine besondere Qualifikation dessen Person gefordert wird. In dem Anwaltszwange der Z.P.O. tritt wiederum lediglich deren prozesstechnische Tendenz[4]) in den Vordergrund; denn er verdankt seine Entstehung nur der Erwägung, dass unüberlegt und

[1]) Nach Anlage II der Denkschrift zum B.G.B. vgl. Prot. d. Komm. zur 2. Lesung des Entwurfs eines B.G.B. VI S. 644, sollte als § 53a eine entsprechende Bestimmung in die Z.P.O. eingefügt werden; vgl. Seuffert S. 131; Bunsen, Z. Bd. 26 S. 292.

[2]) Vgl. aber § 8 Einf.-Ges. z. Z.P.O.

[3]) Vgl. Motive S. 406.

[4]) Vgl. Wach S. 606; Bülow S. 46; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 226; Canstein, Rat. Grundl. S. 187: „Das Zivilprozessrecht regelt das Verhältnis der Prozessparteien untereinander, sowie ihr Verhältnis vorm Gerichte".

unrichtig begonnene und geführte Prozesse durch ihn erfahrungsgemäss am besten verhütet werden, wodurch dem Staatswohl, der Rechtspflege und auch den prozessführenden Parteien in gleicher Weise gedient werden soll.[1])

Der Anwaltszwang macht die Parteien aber nicht „mundtot", wie die Motive sagen, sondern die Parteien dürfen in der mündlichen Verhandlung neben ihrem Anwalte nicht nur erscheinen, sondern nach § 85 Z.P.O. den mündlichen Vortrag des Anwalts in tatsächlicher Beziehung ergänzen und berichtigen. Auch ist ihnen nach § 137 neben dem Anwalte auf Antrag das Wort zu gestatten, allerdings mit der Einschränkung des § 189 G.V.G., nach welchem solches Gestatten dem freien Ermessen des Gerichts überlassen ist, wenn die Partei nicht der deutschen Sprache mächtig ist. Zum Zwecke des Sühneversuchs und zur Aufklärung des Sachverhältnisses kann das Gericht sogar das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen.

Aber die Partei kann nicht handeln ohne Gegenwart des Anwalts, und prozessual handeln kann für sie nur ihr Anwalt.

Hierin liegt leicht eine Härte[2]) für die miterschienene Partei, die trotz persönlicher Teilnahme an der Verhandlung Prozesshandlungen in der Regel nicht selbst vornehmen kann, also weder Anerkenntnisse noch Verzichte erklären noch Vergleiche schliessen darf. Für Vergleiche lässt sich allerdings Abhilfe schaffen[3]) durch Verweisung vor einen beauftragten Richter, da nach § 78 Abs. 2 die Vorschrift des Abs. 1 nicht Platz greift bei dem Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, sowie bei Prozesshandlungen, die vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können. Ob der Anwaltszwang in dem Verfahren vor den besonderen Gerichten

---

[1]) Vgl. Canstein, Rat. Grundl. S. 237 mit 187; Wach S. 611; Kleinfeller, K.V.J.S. Bd. 40 S. 378; Motive S. 186.

[2]) Die wirtschaftlichen Nachteile des Anwaltszwanges werden durch die Einrichtung des Armenrechts und der Anwaltsgebühren gemildert. Auch das Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant ist reichsgesetzlich geordnet; vgl. Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 226 Nr. 1; Canstein S. 242.

[3]) Vgl. Dronke, Z. f. Z.P. Bd. 30 S. 65.

und vor den ordentlichen Gerichten in den ihnen landesgesetzlich übertragenen Fällen der besonderen Gerichtsbarkeit namentlich im Verfahren gegen Landesherren besteht, wird nach § 3 Einf.-Ges. durch das Landesrecht geregelt, abgesehen von den Gewerbegerichten, vor denen reichsgesetzlich eine Vertretung durch Anwälte nach § 31 Gew.G.G. verboten ist; vgl. auch R.G. über die Konsularger. § 41 und § 3 des Schutzgebietsgesetzes.

Der in § 78 Z.P.O. ausgesprochene Grundsatz der notwendigen Vertretung zwingt die Parteien aber nicht nur, sich vertreten zu lassen, sondern er beschränkt den freien Willen des Vollmachtgebers noch auf den Kreis der bei dem Prozessgerichte zugelassenen Anwälte.[1]) Allerdings kann nach R.A.O. § 27 in der mündlichen Verhandlung einschliesslich der vor dem Prozessgericht erfolgenden Beweisaufnahme jeder Rechtsanwalt die Ausführung der Parteirechte übernehmen; auch diese Vorschrift enthält wiederum eine Ausnahme in den §§ 100, 101 R.A.O., wonach ein bei dem Reichsgericht zugelassener Anwalt bei keinem anderen Gerichte auftreten, jedoch neben dem Anwalt des Reichsgerichts jeder deutsche Anwalt die Parteirechte wahrnehmen darf.

Bei der Vorschrift des § 27 R.A.O. ist zwar in erster Linie an das *„plaidoyer“* gedacht, aber gegen eine analoge Anwendung von § 90 Abs. 2 Z.P.O. dürfte nichts einzuwenden sein, so dass das tatsächliche Vorbringen des Rechtsanwalts, der nach § 27 R.A.O. in der mündlichen Verhandlung die Parteirechte wahrnimmt, als von dem vertretenden Rechtsanwalte und daher auch als von der Partei vorgebracht gilt, wenn es nicht sofort widerrufen oder berichtigt wird.[2])

Die Stellung der Rechtsanwälte als Prozessbevollmächtigte ist, abgesehen von den §§ 78, 88 Z.P.O. und den oben angeführten Paragraphen der R.A.O., grundsätzlich dieselbe wie

---

[1]) Sog. Lokalisierung der Anwaltschaft im Gegensatz zur freien Advokatur des Strafprozesses; siehe R.A.O. §§ 16—20 und 99; vgl. auch § 8 Einf.-Ges. Z.P.O.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein S. 233; Seuffert S. 129; Wach S. 606 u. 581; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 241.

die anderer Prozessbevollmächtigter,[1]) so dass die Vorschriften der Z.P.O. und, soweit diese die Regelung des Vollmachtsverhältnisses dem bürgerlichen Rechte überlässt, auch die des B.G.B. für die Prozessvollmacht der Rechtsanwälte Geltung haben.

Eine besondere Stellung räumt ihnen nur § 135 Z.P.O. ein über die Mitteilung der Urkunden von Hand zu Hand, § 157 über die Unzulässigkeit der Zurückweisung eines Anwalts, § 198 über die Zustellung von Anwalt zu Anwalt und § 397 über das Fragerecht gegenüber Zeugen; auch die §§ 178—180 G.V.G. begründen eine Sonderstellung des Rechtsanwalts.

Auch der als Partei auftretende Rechtsanwalt hat grundsätzlich dieselbe Stellung wie jede andere Partei. Die Vorschrift des § 78 Z.P.O., dass ein bei dem Prozessgericht zugelassener Anwalt sich selbst vertreten kann,[2]) will nur sagen, dass der bei diesem Gericht als Partei oder gesetzlicher Vertreter auftretende Rechtsanwalt sich nicht selbst eine Prozessvollmacht zu erteilen braucht, um hinsichtlich der Zustellung usw. als Anwalt behandelt zu werden.

Während durch den Anwaltszwang eine erhöhte Prozessfähigkeit verlangt wird, ist für die passive Tätigkeit des Zustellungsbevollmächtigten[3]) Prozessfähigkeit überhaupt nicht erforderlich. Es genügt, dass er im Amtsgerichtsbezirke des Prozessgerichts wohnhaft und zur Empfangnahme fähig ist.

Unter welchen Voraussetzungen Simulation, Irrtum, Zwang und Betrug die Vollmacht beeinflussen, ist eine Frage materiellrechtlicher Natur, die nach den allgemeinen Bestimmungen des B.G.B.[4]) zu beurteilen ist.[5])

---

[1]) Vgl. aber für die Kosten § 91 Abs. 2 Z.P.O.

[2]) Fischer, Bem. zur Z.P.Novelle in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 363: „es hiesse besser, er kann im eigenen Namen auftreten"; vgl. ferner Gaupp-Stein S. 231.

[3]) Vgl. Struckmann-Koch S. 217; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 227; § 174 Z.P.O. gilt unter Umständen auch für den Rechtsanwalt, siehe R.A.O. § 19.

[4]) B.G.B. §§ 116—118 (Nichtigkeit), §§ 119—124 (Anfechtbarkeit); über die Schwierigkeit bei Anwendung auf die Vollmacht vgl. Hupka, Die Vollmacht S. 129 ff.

[5]) Vgl. Planck, B.G.B. S. 294; ferner Bruck S. 62 f.: „Rechtsgeschäfte

Für die Prozessvollmacht wird in der Regel nur eine Restitutionsklage zur Beseitigung der materiell unrichtigen Entscheidung in Frage kommen, deren Voraussetzung in der Art der Prozessführung, nicht in der Art, wie die Bevollmächtigung als solche zustande gekommen ist, gefunden werden könnte. Aber anfechten lässt sich die Prozessvollmacht nicht;[1]) sie kann nur jederzeit widerrufen werden, wodurch die bereits vorgenommenen Prozesshandlungen jedoch nicht unwirksam gemacht werden.

Ausser der rechtlichen Fähigkeit des Vollmachtgebers und Bevollmächtigten, sowie des Bevollmächtigungswillens ist natürlich auch erforderlich, dass das den Gegenstand der Vollmacht bildende Geschäft möglich und erlaubt ist. Die Vollmacht zum Ankaufe eines dem Dragoner-Regiment Nr. X gestohlenen Mobilmachungs-Terminkalenders wäre ebenso nichtig wie die Prozessvollmacht zur Führung eines Rechtsstreites gegen einen nicht in Existenz befindlichen Gegner. Hierbei tritt wieder die Frage in den Vordergrund, ob die rechtliche Existenz der Vollmacht nicht doch von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse abhängig sei. Da hier die Vollmacht vollkommen losgelöst von ihrer *causa* betrachtet wird, sollte man ihre Abhängigkeit verneinen, besonders gutgläubigen Dritten gegenüber. Die Billigkeit fordert aber, dass bei *mala fides* auch die Vollmacht nichtig ist.

Uebrigens enthält sowohl das bürgerliche Recht wie das Prozessrecht Bestimmungen, die aus sozialen Gründen in gewissen Fällen eine Bevollmächtigung verbieten. So ordnen die §§ 1307, 2064, 2274 B.G.B. an, dass die elterliche Einwilligung zur Eingehung der Ehe nicht von einem Vertreter erteilt werden, und ein Testament und Erbvertrag nur persönlich errichtet werden kann. Ebenfalls wegen der persön-

---

eines Bevollmächtigten gelten nach erfolgter Anfechtung als ohne Vertretungsmacht vorgenommen, für deren Rechtslage die Analogie verweigerter Genehmigung aus § 179 heranzuziehen ist".

[1]) Hellwig, Z. f. Z.P. Bd. 29 S. 529, bezeichnet den Gedanken solcher Anfechtung als unzulässige Uebertragung materiellrechtlicher Grundsätze auf die Prozesshandlungen.

lichen Natur der Sache ist nach § 478 Z.P.O. das Schwören in die Seele eines Anderen unzulässig; der Eid muss von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.[1]) Aus gleichen Gesichtspunkten wird bei dem Verfahren in Ehesachen nach § 610 Z.P.O. im Sühnetermin das persönliche Erscheinen der Parteien gefordert; sogar Beistände können zurückgewiesen werden. Ferner kann nach § 141 Z.P.O. zur Aufklärung des Sachverhalts das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen, nach § 296 sogar in jeder Lage des Rechtsstreits, wenn die Parteien zwecks gütlicher Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verwiesen sind.[2])

§ 6.
Umfang der Vollmacht.

Die Frage nach dem Umfange der Vollmacht ist praktisch ausserordentlich wichtig, weil sie den Ausgangspunkt der meisten Prozesse über Stellvertretungsverhältnisse bildet.[3])

Dem B.G.B.[4]) sind besondere Vorschriften über den Umfang der Vollmacht fremd.

§ 181, der die Rechtsgeschäfte eines Vertreters mit sich selbst betrifft, ist nur eine Dispositivvorschrift,[5]) die durch den gegenteiligen Willen des Vollmachtgebers ausser Wirkung gesetzt wird.

Der Umfang der Vollmacht zu Rechtsgeschäften bestimmt sich daher nach dem Inhalte der Vollmacht, soweit ihr Umfang nicht wie im H.G.B. ein gesetzlich notwendiger ist.

---

[1]) Ueber den landesherrlichen Eid durch Stellvertreter nach § 5 Einf.-Ges. z. Z.P.O. vgl. Wach S. 561 N. 10.

[2]) Massregeln, um das persönliche Erscheinen der Parteien zu erzwingen, sind jedoch nur im Ehe- und Kindschaftsprozesse zulässig.

[3]) Dernburg S. 476: „um sie drehen sich überwiegend Prozesse über Stellvertretungsverhältnisse".

[4]) Die älteren Kodifikationen kannten General- und Spezialvollmachten, nicht das B.G.B.; vgl. aber B.G.B. § 1945; H.G.B. § 54, 2; Z.P.O. §§ 613, 640, 641.

[5]) Vgl. Hupka, Die Vollmacht S. 341; Planck, B.G.B. S. 315; Dernburg S. 497.

Es ist also im einzelnen Falle aus der Bevollmächtigungshandlung und den sie begleitenden Umständen[1]) zu ermitteln, wie weit der Wille des Vertretenen reicht.

Diese Ermittlung hat nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen und Willensbetätigungen stattzufinden, so dass in erster Linie die ausdrückliche Erklärung des Vollmachtgebers massgebend ist;[2]) daneben sind natürlich die Umstände des einzelnen Falles zur Erforschung des Vollmachtswillens heranzuziehen; diese kommen ausschliesslich in Betracht, wenn eine ausdrückliche Vollmachtserklärung fehlt. Selbst die unbeschränkte Vollmacht wird deshalb nicht dem beliebigen Ermessen des Bevollmächtigten überlassen sein, sondern ihre Grenze finden in dem, was der Vollmachtgeber vernünftigerweise gewollt haben konnte. Von diesem Grundsatze des B.G.B., die Frage nach dem Umfange der Vollmacht offen zu lassen, findet sich eine Reihe von Ausnahmen im H.G.B.,[3]) das mehrere typische Vollmachten mit ausdrücklich bestimmtem Umfange kennt.

Hierher gehören

1. Die Prokura, die von Rechts wegen zu allen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes möglicherweise mit sich bringt und nur die Veräusserung und Belastung von Grundstücken, sowie die Erteilung der Prokura an andere Personen ausschliesst (H.G.B. §§ 49, 48, 1, 52, 2).

---

[1]) Nach der formalen Natur des Wechsels, der in sich selbst die Person des Berechtigten und Verpflichteten enthalten muss, ist für Wechselverbindlichkeiten der Satz unzulässig, dass die Handelsgesellschaft durch Rechtsgeschäfte des persönlich haftenden Gesellschafters auch dann verpflichtet wird, wenn nur die Umstände ergeben, dass das Rechtsgeschäft nach dem Willen der Vertragschliessenden für die Gesellschaft geschlossen werden sollte; vgl. R.G. vom 5. Januar 1901, 47, S. 165.

[2]) Hupka, Die Vollmacht S. 178: „Undeutlichkeiten im Ausdruck gehen auf Gefahr des Vollmachtgebers".

[3]) Der Umfang der handelsrechtlichen Vollmachten des französischen Rechts untersteht den Regeln des Zivilrechts.

2. Die Vertretungsmacht des persönlich haftenden Gesellschafters.[1])
3. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, die alle Rechtshandlungen umfasst, die zum Zwecke der Liquidation des Gesellschaftsvermögens nötig sind.
4. Das ebenfalls ein reines Vollmachtsverhältnis schaffende Prokuraindossament.

Diese Vollmachten haben sämtlich die Eigenschaft, unbeschränkbar zu sein, wodurch sie sich von der im H.G.B. §§ 493, 527, 530 bestimmten Vertretungsmacht des Korrespondentreeders und des Schiffers unterscheiden, deren Umfang nicht mit zwingender Kraft gesetzlich festgelegt ist, sondern im einzelnen Falle[2]) beschränkt werden kann.

Zum Schutze des Gegners und der Freiheit des Rechtsverkehrs hat im Gegensatze zum B.G.B. die Z.P.O. den Umfang der Prozessvollmacht in bestimmten Grenzen ausdrücklich festgelegt[3]) und dadurch in der Hauptsache von dem Willen des Vollmachtgebers unabhängig gemacht, weil, wie die Motive sagen, hier jede Beschränkung der gesetzlich notwendigen Vertretungsrechte der Prozessbevollmächtigten das Verfahren erschweren oder unmöglich machen und den Gegner gefährden würde.[4])

Aus dieser Absicht des Gesetzes folgt, dass der gesetzliche Umfang der Prozessvollmacht nicht für das innere Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, sondern nur für das äussere Verhältnis beider zu dem Prozessgegner zwingend ist.

Es kann daher im Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem der Vollmachtsumfang vertragsmässig beliebig aus-

---

[1]) Diese Vollmachten sind allerdings gesetzliche Vollmachten, aber mit der Eigenart, dass die Normen über ihren Umfang auch dann gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag, bzw. Anstellungsvertrag eine ausdrückliche Bevollmächtigung enthält; vgl. Staudinger S. 416.

[2]) Aehnlich auch B.G.B. § 26, allerdings auch ein Fall gesetzlicher Vertretungsmacht.

[3]) Vgl. Reincke S. 97.

[4]) Motive S. 192.

gestaltet werden, aber im Verhältnis zum Gegner hat er einen zwingenden, rechtsgeschäftlicher Beschränkung unzugänglichen Inhalt. Wohl steht es der Partei frei, den Umfang des Auftrags enger zu ziehen als den der Vollmacht, aber die Handlungen ihres Bevollmächtigten jenseits der Grenzen des Auftrags jedoch im Rahmen der Vollmacht verpflichten sie gegenüber dem Gegner, wenn sie unter Umständen auch eine Schadensersatzforderung gegenüber dem Vertreter nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts begründen.[1])

Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Z.P.O. zwischen der Prozessvollmacht[2]) zur Führung eines ganzen Prozesses und der Vollmacht zur Vornahme einzelner Prozesshandlungen unterscheidet.

Die Prozessvollmacht kann wiederum als solche selbständig erteilt werden, aber auch schon in einer weitergehenden Bevollmächtigung eingeschlossen sein, z. B. in einer solchen zur Vertretung in allen Rechtsstreitigkeiten und Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers. Auch die Prokura enthält die Vollmacht, die Prozesse, welche der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, im Namen des Inhabers des Handelsgeschäftes zu führen, ebenso wie auch unter gewissen Voraussetzungen der Schiffer befugt ist, für den Reeder Klagen zu erheben, die sich auf den Wirkungskreis des Schiffers[3]) beziehen; ähnlich auch der Versicherungsnehmer zur Einklagung der Versicherungsgelder; ferner der geschäftsführende Gesellschafter nach B.G.B. §§ 710, 714, dem nach § 54 der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins gleichsteht, soweit nicht nach § 50 der Verein passiv parteifähig ist; ausserdem der Korrespondentreeder nach H.G.B. § 493, ferner der Vertreter des ausländischen Inhabers eines Patentes, Gebrauchsmusters oder Warenzeichens für alle darauf bezüglichen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach Patentges. § 12, Ges. über Gebrauchsmuster § 13, Warenzeichengesetz § 23;

---

[1]) Vgl. Planck, Lehrbuch S. 226; Hellmann, Lehrbuch S. 253; Seuffert S. 134.

[2]) Z.P.O. §§ 81, 82, 83 gelten nur für diese Prozessvollmacht.

[3]) Vgl. H.G.B. §§ 49, 1, 527, 2, 886.

endlich die Prozessvollmacht des Prokuraindossatars nach Art. 17 W.O. Für die Handlungsvollmacht ordnet das H.G.B. dagegen in § 54 ausdrücklich an, dass sie nur dann die Prozessvollmacht einschliesst, wenn solche ausdrücklich erteilt ist.

Nach dem Grundsatze des Anwaltszwanges ist die Prozessvollmacht im Anwaltsprozess die notwendige Form. Dagegen ist die Vollmacht, die nur zur Vornahme einzelner, vom Willen des Vollmachtgebers abhängiger Prozesshandlungen befugt, nur insoweit möglich, als der Anwaltszwang nicht Platz greift.

Eine besondere Art eines solchen (Spezial-)Bevollmächtigten ist der Zustellungsbevollmächtigte, der sowohl im Anwalts- wie auch im Parteiprozess vorkommen kann.

Der Umfang der Prozessvollmacht ist in Z.P.O. § 81 auf alle den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen[1]) im weitesten Sinne des Wortes ausgedehnt, also auch auf solche, die vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit vorzunehmen sind, wie der Arrest und die den Prozess begründende Zustellung.[2])

Unter Rechtsstreit ist hier nicht nur der Prozess in seiner ursprünglichen Gestaltung zu verstehen, sondern[3]) der Prozess in allen seinen Entwicklungsphasen, also auch der Umfang, den er innerhalb desselben Verfahrens namentlich infolge einer Klageerweiterung, Klageänderung, Widerklage,[4]) Inzidentklage- und Widerklage und der Urhebernennung annehmen kann.

Unzulässig dagegen ist die Ausdehnung einer nur zur Klage gegen eine bestimmte Person erteilten Vollmacht auf andere Personen; ebenso die Erstreckung auf selbständige, wenn auch zusammenhängende Rechtsstreitigkeiten ausser den in § 82 genannten, sowie auf das Verfahren wegen Ungebühr nach G.V.G. § 179.[5])

---

[1]) Vgl. § 1 dieser Abhandlung.
[2]) R.G. 30. März 1894, J.W. S. 193 f.
[3]) Wach S. 574.
[4]) Vgl. Wach S. 574 N. 20.
[5]) Vgl. O.L.G. Jena, Bl. f. Rpfl. 50 S. 206.

Die Prozessvollmacht ermächtigt ferner zur Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens, zur Zwangsvollstreckung und allen hierdurch veranlassten Prozesshandlungen.

Mit der Zwangsvollstreckung zusammen hängen die Prozesse aus §§ 731, 767, 768, 771, 785, 786, 836, 841, 856, 878 und 794 mit 796, 797.

Es ist nicht angängig, die Prozesse aus §§ 767, 771, 805 auszuschliessen;[1]) zwar sind diese nicht Bestandteile des Rechtsstreits, für den die Vollmacht ausgestellt wurde, aber die darin vorzunehmenden Prozesshandlungen werden durch die Zwangsvollstreckung veranlasst. Für § 771 ist allerdings zuzugeben, dass die Hauptintervention in § 82 ausdrücklich erwähnt wird, und dadurch die Prozesse aus § 771 doppelt gedeckt sind; doch war die ausdrückliche Erwähnung der Hauptintervention in § 82 mit Rücksicht auf § 64 geboten, weil die aus ihm herauswachsenden Prozesse nicht durch eine Zwangsvollstreckung veranlasst werden.

Die für den Urkunden- und Wechselprozess erteilte Vollmacht erstreckt sich auch auf das nach Abstand vom Urkundenprozess (§ 596) oder nach Vorbehaltsurteil (§ 599) folgende ordentliche Verfahren, ebenso wie die Vollmacht für das Mahnverfahren auch für das ordentliche Verfahren bestehen bleibt, das sich zufolge des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl anschliesst.

Zweifelhaft dagegen ist, ob sich die für einen bestimmten Prozess erteilte Vollmacht auch auf die Verfolgung des Anspruchs im Konkursverfahren erstreckt.

Nach Seuffert[2]) spricht die Ausdehnung der Prozessvollmacht auf die Zwangsvollstreckung für die Bejahung, da das Konkursverfahren seinem Wesen nach ein Vollstreckungsverfahren sei.

Doch dürften dieser Auffassung gewichtige Bedenken entgegenstehen.

Sehr berechtigt warnt Wach[3]) davor, den Konkurs mit

---

[1]) So Petersen (Hamburg), Ztschr. f. Z.P. Bd. 9 S. 362ff.

[2]) Seuffert S. 134, 2.

[3]) Wach S 575 N. 24.

der Zwangsvollstreckung auf eine Stufe zu stellen, obwohl man nicht, wie Wach es anscheinend tut, sich von der Auffassung leiten zu lassen braucht, dass die Zwangsvollstreckung im Gegensatz zum Konkurse immer Teil eines Rechtsstreits sei, denn es gibt auch Zwangsvollsreckungen, die ebenso wie der Konkurs nicht Teil eines Rechtsstreits sind, z. B. die aus exekutiven Urkunden. Wachs grundsätzlichen Bedenken hat sich jetzt auch Stein angeschlossen, der noch darauf hinweist, dass das Konkursverfahren, selbst wenn man es nur als ein besonders geartetes Verteilungsverfahren auffassen wollte, jedenfalls keinen Teil der von dem einzelnen Gläubiger durchzuführenden Vollstreckung bildet.[1])

Nach § 81 ermächtigt die Prozessvollmacht der weiteren zur Bestellung eines Vertreters, sowie eines Prozessbevollmächtigten für die höheren Instanzen.[2])

Hierin liegt eine Abweichung von B.G.B. §§ 613, 664, die für die Haftpflicht des Bevollmächtigten insofern von Bedeutung ist, als er nach B.G.B. gegenüber seinem Vollmachtgeber, wenn der Vollmacht ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt, für ein Verschulden seines Vertreters nur für *culpa in eligendo*, bei einem Dienst- oder Werkvertrage aber für jedes Verschulden seines Unterbevollmächtigten in gleichem Umfange haftet wie für eigenes.

Der gesetzliche Umfang der Prozessvollmacht erstreckt sich ausserdem noch auf Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich,[3]) Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des gegnerischen Anspruches[4]) und schliesslich bis zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

---

[1]) Gaupp-Stein S. 239, III; so auch die meisten Kommentare; dagegen Kohler, Der Prozess als Rverh. § 39.

[2]) Vgl. § 8 dieser Abhandlung über die Substitutionsbefugnis.

[3]) Aber nicht zum Abschluss eines Schiedsvertrages; ebensowenig zu Rechtsgeschäften mit Dritten, ausser dem Prozessvergleich mit Dritten nach Z.P.O. § 794 Nr. 1; vgl. Gaupp-Stein S. 240; Kohler, Ges.-Btrg. z. Z.P. S. 242.

[4]) Sogar ausserhalb des Prozesses und vor Erhebung der Klage; vgl. Weismann S. 81; Seuffert S. 136.

Der Ausdruck „Beseitigung des Rechtsstreits“ dürfte nicht ganz genau sein, weil weder Anerkenntnis noch Verzichtleistung den Prozess beenden, sondern nur den Inhalt des Urteils bestimmen.

Für den Vergleich ist darauf hinzuweisen, dass die Vergleichsbefugnis insofern auf den Streitgegenstand beschränkt ist, als der Prozessbevollmächtigte im Vergleiche nicht ohne weiteres über Gegenstände verfügen kann, die nicht Streitgegenstand sind, wenn auch die Uebernahme der Leistung einer Geldentschädigung in der Befugnis zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich einbegriffen erscheint.

Gegen diesen Satz wendet sich allein Hellmann,[1]) der die Beschränkung auf den Streitgegenstand für „eine durch nichts berechtigte, restriktive Auslegung“ des Gesetzes hält; wohl mit Unrecht, denn die Prozessvollmacht würde durch Hellmanns Auffassung ein gefährliches Dehnungsvermögen annehmen, ganz abgesehen davon, dass nach der Wortfassung des Gesetzes von einer restriktiven Auslegung nicht die Rede sein dürfte.

Zwischen den Kosten, die der Bevollmächtigte für sich behalten darf und den anderen, ist nicht unterschieden; ebensowenig zwischen den Kosten der verschiedenen Instanzen.

Wohl zu beachten ist aber, dass der gesetzliche Umfang der Prozessvollmacht nicht zur Empfangnahme des Streitgegenstandes oder anderer Zahlungen ermächtigt. Hierzu ist eine besondere Vollmacht nötig.

Indessen ist anzunehmen, dass mit der Befugnis zur Annahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten die Ermächtigung zum Ausstellen einer Empfangsbescheinigung verbunden ist, obwohl dies keine Prozesshandlung ist.[2])

Nach § 82 erstreckt sich die Prozessvollmacht endlich noch über den Rechtsstreit hinaus auf das eine Hauptintervention, einen Arrest oder einstweilige Verfügung betreffende Verfahren; doch erstreckt sich die speziell für den Arrest oder

[1]) Hellmann, Z.P.O. für das Deutsche Reich S. 284; vgl. auch Jünger S. 5 ff.

[2]) In Preussen wichtig für den Stempel; vgl. K.G.J.M. Bl. 98 S. 250.

die einstweilige Verfügung erteilte Vollmacht nicht auf den Hauptprozess.[1])

Eine Beschränkung dieses gesetzlichen Umfanges der Prozessvollmacht ist allerdings möglich, aber im Gegensatz zu der Vollmacht des B.G.B. nach § 83 dem Gegner gegenüber nur insoweit von rechtlicher Wirkung, als diese Beschränkung[2]) die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Diese Beschränkungen können im Anwalts- wie im Parteiprozess vorkommen, in die Vollmachtsurkunde aufgenommen sein oder dem Gegner besonders mitgeteilt werden.[3])

Es kann sogar der Fall eintreten, dass der Gegner von den Beschränkungen nichts weiss, und diese ihm gegenüber trotzdem wirksam sind, wenn sie nämlich in der Vollmachtsurkunde enthalten sind,[4]) und er von dem Rechte des § 88 keinen Gebrauch gemacht hat; ein Verzicht auf dieses Recht geht auf Gefahr des verzichtenden Prozessgegners.[5])

§ 7.

Wirkung der Vollmacht.

Die Frage nach der Wirkung der innerhalb des Vollmachtsumfanges erfolgten Willenshandlungen wird sowohl in der Z.P.O. wie im B.G.B. behandelt. Für die Rechtsgeschäfte ist sie nach B.G.B. § 164[6]) dahin zu beantworten, dass solche Willenshandlungen unmittelbar[7]) für und gegen den Vertre-

---

[1]) Vgl. Motive S. 104 u. S. 191.

[2]) Den Preuss. Verwaltungsbehörden ist die Aufnahme solcher Beschränkung allgemein zur Pflicht gemacht.

[3]) In der Praxis wird dies oft dann geschehen, wenn von dem Rechte der Beschränkung erst im Laufe des Prozesses Gebrauch gemacht wird.

[4]) Anders die österr. Z.P.O. §§ 31, 32, wonach besondere Bekanntgabe der Beschränkungen an den Gegner erforderlich ist.

[5]) Vgl. Planck, Lehrbuch S. 233.

[6]) § 164 gilt auch für die gesetzliche Vertretungsmacht; vgl. Dernburg S. 472.

[7]) Dieser Grundsatz war dem röm. Rechte bekanntlich fremd.

tenen wirken. Diese Vorschrift findet auch entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem Anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt.

Nötig ist allerdings, dass die Beziehung auf den Dritten im Geschäft offen hervortritt, denn das Gesetz stellt sich durch die Worte: „im Namen des Vertretenen" auf den Standpunkt des Offenheitsprinzips.[1])

Ueber Abs. 2 des § 164 herrscht Streit.

Eck[2]) legt den Abs. 2 dahin einschränkend aus, dass der Handelnde nur dem anderen Teile gegenüber sich auf den Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht berufen könne. Es ist nun allerdings zuzugeben, dass die Tendenz des Abs. 2 lediglich darauf abzielt, den Mitkontrahenten zu schützen und dem Vertreter, der sich als solcher nicht zu erkennen gibt, das Recht zu entziehen, sich auf seinen innerlich abweichenden Willen zu berufen; aber doch dürfte Plancks[3]) Meinung richtig sein, dass das Rechtsgeschäft in jeder Beziehung als ein von dem Vertreter in eigenem Namen vorgenommenes zu behandeln ist.

Für diese Auffassung spricht die Entstehungsgeschichte und vor allem der Wortlaut des Gesetzes.

Richtig führt Planck[3]) aus: „Hatte der Vertreter den Willen, nicht im eigenen Namen zu handeln, absichtlich verschwiegen, so liegt eine Mentalreservation vor, die nach B.G.B. § 116 nicht berücksichtigt wird. Hatte er irrtümlich geglaubt, die Erklärung im Namen des Vertretenen abgegeben zu haben, so würde er sie auf Grund von B.G.B. § 119 anfechten können. Gerade dieses Recht wird ihm durch Abs. 2 § 164 entzogen."

Schlossmann[4]) nimmt allerdings an, dass dem Vertreter trotz des Abs. 2 ein solches Anfechtungsrecht zustehe.

---

[1]) Leonhard S. 5: „Sonst ist der Geschäftsmittler nicht Vertreter, sondern Ersatzmann".

[2]) Eck, Vorträge 1902 S. 179; ähnlich Dernburg S. 490; Rümelin, Arch. f. z. Pr. 1893 S. 201; zwischen Planck und Eck vermittelnd Isay S. 324.

[3]) Planck, B.G.B. S. 285.

[4]) Schlossmann II S. 344.

Zu dieser Auffassung, die den Abs. 2 zu einer blossen Auslegungsregel herabgedrückt, entgegen seiner Entstehungsgeschichte, dürfte keine Veranlassung vorliegen.[1])

Die Voraussetzungen des § 164 begründen sogar eine Haftpflicht des Vertretenen bei rechtswidrigem Verhalten des Vertreters, sofern es nur innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht betätigt ist.[2]) Ein solches rechtswidriges Verhalten umfasst besonders bei Eingehung von Verträgen diejenigen Abänderungen und Erweiterungen, welche die Vertragsleistung durch die Arglist oder Fahrlässigkeit des Vertreters erfährt. Bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertragsschlusses infolge eines Umstandes, der dem Vertreter zur Last fällt, haftet der Vertretene regelmässig nur nach B.G.B § 831, also ausserkontraktlich und nur ausnahmsweise, insbesondere dann, wenn dem Vertreter die Verbotswidrigkeit oder Unmöglichkeit der Leistung bekannt war oder (§§ 307, 309) bekannt sein musste, oder bei einem Irrtum des Vertreters (§§119, 122) für das sogenannte negative Vertragsinteresse.[3])

Auch die Wirkungen einer Willenshandlung, die ausserhalb der dem Handelnden zustehenden Vertretungsmacht betätigt ist, sind im B.G.B. in den §§ 177, 178, 179, 180 ausdrücklich geregelt.

Ein solches Handeln ohne Vertretungsmacht liegt selbstverständlich nicht nur dann vor, wenn eine Ermächtigung zu wirksamer Stellvertretung überhaupt fehlte, sondern auch dann, wenn eine vorhanden gewesene erloschen ist oder ihr Umfang überschritten wurde.

Doch ist hierbei zu beachten, dass eine Willenserklärung, die jemand über den Rahmen der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt, doch insoweit für und gegen den Vertretenen wirkt, als sie durch den Inhalt der Vollmacht gedeckt ist, weil hinsichtlich dieses Teils der Willenserklärung eine Ueberschreitung der Vollmacht nicht stattgefunden hat, und die §§ 177, 179 nur für den überschiessenden Teil in Betracht

[1]) Rümelin, Arch. f. z. Pr. 1893 S. 201 ff. u. S. 308 ff.

[2]) Ebenso beim Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

[3]) Vgl. Brückner im R. 1901 S. 300.

kommen können. Eine solche Teilung in einen durch die Vollmacht gedeckten und einen sie überschreitenden Teil ist jedoch nur möglich, wenn die Natur des Geschäfts sie zulässt, es sich also um keine einheitliche, unteilbare Leistung handelt. Liegt letzterer Fall vor, so wird der Vertretene überhaupt nicht verpflichtet, weil die Willenserklärung in ihrer Gesamtheit vollmachtswidrig ist.[1])

Das B.G.B. unterscheidet beim Handeln ohne Vertretungsmacht — hierfür gebraucht Dernburg[2]) kürzer und ungezwungener die Worte: „unberufene Vertretung" — zwischen dem Vertragsschluss und der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts.

B.G.B. § 177 bestimmt für Verträge, dass ihre Wirksamkeit, falls sie ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen geschlossen sind, von der Genehmigung des Vertretenen abhängig ist.

Zugunsten des Dritten, der häufig ein Interesse daran haben wird, dass die Schwebezeit nicht in das Ungemessene verlängert wird, gibt B.G.B. § 177, 2[3]) dem Dritten die Möglichkeit, durch eigene Entschliessung eine baldige Entscheidung herbeizuführen.

Nach § 178 ist der Dritte ferner grundsätzlich zum Widerrufe[4]) berechtigt, wodurch die Unwirksamkeit des Vertrages endgiltig entschieden wird. Dieses Widerrufsrecht wird allerdings ausgeschlossen, falls der Gegenkontrahent den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschlusse des Vertrages gekannt hat; das Kennenmüssen wird hier dem Kennen nicht gleichgestellt!

Gemachte Leistungen sind nach B.G.B. § 812 zurückzugewähren.

Von der Schadensersatzpflicht des Vertreters handelt B.G.B. § 179.

Für die einseitigen Rechtsgeschäfte dagegen stellt B.G.B.

---

[1]) Vgl. Lehmann S. 71 ff.

[2]) Dernburg S. 471 u. a. a. O.

[3]) Vgl. B.G.B. § 108, wo die gleichen Grundsätze gelten.

[4]) Hierdurch wird das Anfechtungsrecht nach §§ 119, 121 überflüssig; vgl. Hoelder S. 376 ff.

§ 180 die Regel auf, dass ein für den Vertretenen wirksames Handeln ohne Vertretungsmacht unzulässig ist,[1]) jedoch mit der Einschränkung, dass die Vorschriften über die Verträge Platz greifen sollen, wenn derjenige, demgegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hat oder damit einverstanden gewesen ist, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle.[2]) Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnis vorgenommen wird.

Entsprechend B.G.B. § 164 ist Z.P.O. § 85, nach dem die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozesshandlungen, zu denen übrigens auch die Unterlassungen und Versäumnisse gehören,[3]) für die Partei in gleicher Art verpflichtend sind, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären.[4])

Der Prozessbevollmächtigte selbst wird — ebenso im B.G.B. — durch die Wirkungen dieser Handlungen nicht berührt. Das Urteil ist auf den Namen der Partei zu stellen und erhält nur ihr gegenüber Rechtskraft. Doch ist wohl zu beachten,[5]) dass die Z.P.O. nicht wie das B.G.B. für Willenserklärungen davon spricht, dass die Prozesshandlungen im Namen der Vertretenen vorgenommen sein müssen; nach ihr genügt es, dass die Prozesshandlungen von einem Bevollmächtigten vorgenommen sind.

Will der Bevollmächtigte daher eigene Rechte im Prozesse ausüben in Konkurrenz mit solchen der Partei, wie z. B. bei der Beschwerde über die Wertfestsetzung (G.O. f. R.A. § 12), so ist eine ausdrückliche Erklärung nötig, dass er für sich und nicht für die Partei handle.

---

[1]) § 180, 1 gilt auch für den, der im Namen eines anderen ohne Vertretungsmacht baut; so Wolff S. 76ff.

[2]) Ueber die Beweislast, die im Abs. 2 ausnahmsweise dem Vertreter obliegt vgl. Rosenberg S. 120.

[3]) Vgl. Hellmann, Lehrbuch S. 257; Seuffert S. 133.

[4]) In Ehesachen ist die Partei an Erklärungen und Anträge ihres Vertreters nicht gebunden; vgl. Z.P.O. § 617.

[5]) Vgl. S. 40 dieser Abh.

Allerdings gewährt das Gesetz zugunsten der Partei die Einschränkung, dass Geständnisse[1]) und andere „tatsächliche Erklärungen“ von der miterschienenen, d. h. an der Verhandlung mitwirkenden, nicht nur als Zuhörer anwesenden Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden können;[2]) das Vorbringen der Partei wird dann massgebend, das des Bevollmächtigten unbeachtlich.

Zweifelhaft ist, ob der Verzicht, das Anerkenntnis und die Eideserklärung zu den tatsächlichen Erklärungen gehören.

Gaupp-Stein[3]) verneint dies, weil die Z.P.O. das Geständnis der Tatsachen von dem Anerkenntnis des Anspruchs (§ 307) scharf scheidet, und das Anerkenntnis deshalb nicht als eine indirekte Erklärung über die Tatsachen aufzufassen sei; allerdings könne die Partei in jedem Augenblick unter Widerruf der Vollmacht selbst handeln, doch ohne rückwirkende Kraft auf die während der Dauer der Bevollmächtigung vom Vertreter abgegebenen Erklärungen.

Rücksichten auf die Billigkeit drängen mit Recht Wach[4]) auf den entgegengesetzten Standpunkt, denn „die materielle Disposition in der Sache selbst kann der Partei nicht verkümmert werden“. Dem schliesst sich auch Seuffert[5]) an mit den Worten: „Die Widerrufs- und Berichtigungsbefugnis der Partei wäre nahezu wertlos, wenn sie dem Verzicht und dem Anerkenntnis des Bevollmächtigten ohnmächtig gegenüberstände“. Auch die Eideserklärung ist mit der Erklärung über die gegnerischen Behauptungen kaum trennbar verwachsen und dürfte deshalb der Berichtigung der Partei unterliegen.[6])

Aus § 85 darf jedoch nicht geschlossen werden, wie dies Planck[7]) tut, dass der Bevollmächtigte die Ansprüche seiner

[1]) Vgl. Z.P.O. § 288.

[2]) Vgl. Z.P.O. § 90.

[3]) Gaupp-Stein S. 245.

[4]) Wach S. 610 N. 9.

[5]) Seuffert S. 139.

[6]) So auch Wach S. 610 N. 9 bis auf die Eideszuschiebungen und Zurückschiebungen; Sarwey S. 159; a. M. Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 234 und die Kommentare von Struckmann-Koch, Petersen, Wilm-Levy.

[7]) Planck, Lehrbuch d. Z.P. S. 234; dagegen Gaupp-Stein S. 246; Seuffert S. 139; Bülow S. 299.

Partei nicht auf Tatsachen stützen könne, die vom Gegner behauptet, von der eigenen Partei aber früher vor dem Prozessgerichte bestritten wurden.

Dieser Standpunkt dürfte nicht haltbar sein, weil auch die Partei behaupten kann, was mit ihrer früheren Behauptung im Widerspruch steht. Daher kann auch ihr Bevollmächtigter nachträglich neue tatsächliche Behauptungen aufstellen, auch wenn sie von den früheren Erklärungen der Partei abweichen. Sache des Gerichts bleibt es natürlich, den Wert solcher widersprechenden Behauptungen nach freiem Ermessen einzuschätzen.

Zweck der Einschränkung des § 85, 2 ist, die Beseitigung irrtümlicher tatsächlicher Behauptungen des Bevollmächtigten zu ermöglichen; sie gewährt der Partei daher keinerlei Möglichkeit, etwa prozessuale Verfügungen ihres Bevollmächtigten, durch die der Erfolg nach ihrer Meinung gefährdet wird, zurückzunehmen.

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich die Behandlung der von einem instruktionsfeindlichen Prozessbevollmächtigten, z. B. einem übermässig in Anspruch genommenen Rechtsanwalt, vorgenommen oder versäumten Handlungen.

Im Rahmen der §§ 81, 82, 83 wird der Vertretene gegenüber dem Prozessgegner gebunden;[1]) wohl aber bleibt es ihm vorbehalten, „sich nach den für das Grundverhältnis zum Vertreter massgebenden Grundsätzen an dem Bevollmächtigten zu erholen".[2])

Ausgeschlossen von der Verbindlichkeit für die Partei sind natürlich die disziplinarisch oder gar öffentlich strafbaren Handlungen, deren sich der Vertreter bei der Prozessführung schuldig macht; denn diese liegen, weil sie nicht Prozesshandlungen sind, ausserhalb seiner Vertretungsmacht.[3])

Bezüglich der Kosten schafft auch § 102 eine Ausnahme

---

[1]) Anders das frühere gem. Recht, das aus dem Verschulden des Anwalts eine Wiedereinsetzung i. d. f. St. kannte; vgl. Cosack, Anfechtungsrecht S. 95.

[2]) Wach S. 565; Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 233.

[3]) Planck, Lehrb. d. Z.P. S. 225 mit 234 N. 52.

insofern, als bei grobem Verschulden die Kosten dem Bevollmächtigten an Stelle der Partei auferlegt werden können; geringes Verschulden jedoch muss die Partei auch hier mit allen seinen Folgen auf sich nehmen.

Auch das Handeln ohne Vertretungsmacht wird in der Z.P.O. geregelt.

Nach § 89 kann jemand, der für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht handelt, gegen oder ohne Sicherheitsleistung für die durch die Zulassung entstandenen Kosten und Schäden zur Prozessführung einstweilen zugelassen werden.

Diese Zulassung ist dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, für das die Erwägung massgebend sein wird, ob nach den Umständen des Falls die Genehmigung des Vertretenen zu erwarten steht oder nicht. Auch die Forderung einer Sicherheitsleistung ist dem freien Ermessen des Gerichts anheimgestellt; hierbei ist zu beachten, dass nur die durch die Zulassung zur einstweiligen Prozessführung veranlassten Kosten in Betracht kommen.

Niemand kann daher aus § 89 ein Recht herleiten, als *defensor* des Beklagten zugelassen zu werden, selbst wenn er die erforderliche Sicherheit leistet.

Das Endurteil darf nach § 89, Satz 2 erst erlassen werden, wenn die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.[1])

Erfolgt die Genehmigung, so deckt sie auch die ohne Vollmacht vorgenommenen Prozesshandlungen.

Doch hat die Genehmigung vorbehaltlos zu erfolgen; nur bezüglich der Dispositionsakte in Anwendung des § 83 ist eine Einschränkung zulässig.[1])

Erfolgt die Genehmigung, so hat sie dieselbe Wirkung wie die Bevollmächtigung; dass auch die Z.P.O. diesen Grundsatz anerkennt, ist aus §§ 89, 2, 551, 5, 579 Abs. 1 Nr. 4 zu entnehmen.

---

[1]) Teilweise anderer Meinung Wach S. 599, der eine teilweise Genehmigung von dem Wesen der genehmungsbedürftigen Handlungen abhängig macht.

Die Partei muss nach § 89, 2 daher die Prozessführung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nur mündlich Vollmacht erteilt oder die Prozessführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Diese Vorschrift ist von um so grösserer Bedeutung, als der Beweis von dem Vorhandensein ihrer Voraussetzungen auch vom Gegner geführt werden kann, für dessen Beweisführung die allgemeinen Regeln gelten.

Wird die Vollmacht oder die Genehmigung nicht beigebracht und kann auch Abs. 2 § 89 keine Anwendung finden, so sind folgende Hauptfälle gegeben:

a) War die Klage von einem unbevollmächtigten Vertreter erhoben, so ist ihre Erhebung unwirksam, denn es fehlt der Kläger. Dem entsprechend ist das Urteil zu erlassen, falls im Termine zur mündlichen Verhandlung eine Entscheidung beantragt wird.[1])

b) Ist die Klage einem unbevollmächtigten Vertreter des Beklagten zugestellt, so ist ebenso wie unter a) zu verfahren; hier hat der unterliegende Kläger jedoch die Kosten zu tragen.

c) Ist die Klage ordnungsmässig erhoben, aber im Termin ein unbevollmächtigter Vertreter einer Partei erschienen, so ist auf Antrag ein Versäumnisurteil zu erlassen.

d) Ist nach ordnungsmässiger Vertretung in der unteren Instanz ein Rechtsmittel von einem unbevollmächtigten Vertreter oder an einen solchen eingelegt worden, so ist das Rechtsmittel analog den Fällen a) und b) unwirksam und unzulässig.

Stellt sich dagegen heraus, dass schon in der unteren Instanz die Partei nicht giltig vertreten war, so ist das ganze bisherige Verfahren aufzuheben nach §§ 539, 564 und die Klage in der Revisionsinstanz nach § 565, 3 Nr. 1 abzuweisen.

Erstreckte sich die mangelhafte Vertretung nur auf

---

[1]) So Wach S. 603 und die meisten Kommentare; a. M. Just S. 318 ff.

die nächst untere Instanz, so ist nur das Berufungsverfahren aufzuheben.

e) Ist in einem Verfahren ohne mündliche Verhandlung, z. B. Kostenfestsetzungs- oder Arrestverfahren ein unbevollmächtigter Vertreter als Gesuchssteller aufgetreten, so wird das Gesuch als unwirksam durch Beschluss zurückgewiesen.

Die Vorschrift des § 89 Satz 3 über die Ersatzpflicht des einstweilen zur Prozessführung zugelassenen vollmachtslosen Vertreters gehört eigentlich in das materielle Recht.[1]) Ihre ausdrückliche Regelung in der Z.P.O. war geboten, weil sich nach dem B.G.B. eine Ersatzpflicht des angeblichen Vertreters nur bei den unten angeführten Umständen begründen liesse.[2])

Vergleicht man B.G.B. § 179 mit Z.P.O. § 89, so zeigt sich eine ausserordentlich bedeutsame Unterscheidung auch darin, dass die Z.P.O. nicht die Haftung eines vollmachtslosen Vertreters kennt, sondern nur eine solche wegen nicht rechtzeitigen Beibringens des Nachweises der Vertretungsbefugnis, wobei es unwesentlich ist, ob die Vollmacht wirklich vorhanden war oder nicht. Ferner wird in Z.P.O. § 89 vorausgesetzt, dass der Vertreter mit dem Vorbehalte dieses Nachweises „einstweilen zugelassen ist", was der Fall sein kann, selbst wenn der Gegner der behaupteten Vollmacht misstraute, ja selbst dann, wenn der Vertreter als Geschäftsführer ohne Auftrag, also unter Kundgebung des Vollmachtsmangels tätig geworden ist. Auch hierin liegt ein Unterschied von B.G.B. § 179, worin der Schutz desjenigen bezweckt ist, der sich im Vertrauen auf die vom Vertreter vorgegebene Vollmacht freiwillig mit ihm eingelassen hat.

Im Falle der unbedingten Zulassung jedoch ist Z.P.O. § 89 überhaupt nicht anwendbar und im Falle der einstweiligen Zulassung nicht für das positive Interesse, wie es das B.G.B. gewährt, sondern nur für die infolge der Zulassung entstandenen

---

[1]) Vgl. Hellmann, Z. f. Z.P. Bd. 27 S. 293.

[2]) Gaupp-Stein S. 256, 15: „Die Loslösung der Haftung vom Verschulden war das eigentliche Motiv der Vorschrift"; vgl. auch Isay S. 260.

Kosten und Schäden, also nur für das negative Interesse an der Einlassung mit dem Vertreter zum Gegenstand.

Auch Z.P.O. § 102, nach dem Bevollmächtigte durch das Prozessgericht von Amts wegen zur Tragung gewisser Kosten verurteilt werden können, dürfte kaum genügende Abhilfe schaffen, denn er setzt grobes Verschulden voraus und begründet selbst dann eine Haftung nur für die durch das schuldhafte Handeln veranlassten Kosten, aber nicht für die Schäden. Bei dieser „Zurückhaltung des Prozessgesetzes“[1]) drängt sich die Frage auf, ob nicht auf Grund der Vorschriften des B.G.B. zu einer allgemeineren Haftpflicht des vollmachtlosen Prozessvertreters zu gelangen ist.

Hat der Vertreter doloserweise Vollmacht vorgespiegelt, so wird er zweifellos nach B.G.B. § 826 für das volle negative Interesse haften; eine Deliktshaftung aus blosser Fahrlässigkeit dagegen wird sich nach B.G.B. § 823 nicht begründen lassen, weil der Z.P.O. — wieder im Gegensatz zu B.G.B. § 180 für das einseitige Rechtsgeschäft — ein ausdrückliches Verbot unberufener Vertretung unbekannt ist.

Man wird sich auf den ersten Blick scheuen, die Vollmachtsgarantie des B.G.B. § 179 auch nur in Gedanken auf den Prozessvertreter zu übertragen, und gewiss sagt Wach[2]) richtig, dass zivilrechtliche Grundsätze sich nicht einfach auf den Prozess übertragen lassen, weil er nicht Vertrag ist, aber doch dürfte die Ansicht Hupka's[3]) zum mindesten erörterungsfähig sein, wenn er „die Grundsätze, die lediglich das allgemeine Wesen jeder Rechtsvertretung zum Ausdruck bringen und den Bedürfnissen jedweden Verkehrs mit juristischen Vertretern adäquat sind“, als Ausnahme von der Regel gelten lässt und es für geboten hält, die Norm des § 179, obwohl zunächst nur für materielle Rechtsgeschäfte berechnet, auch für das prozessuale Handeln eines Vertreters Anwendung finden zu lassen.[4])

---

[1]) Hupka, Die Haftung des Vertreters S. 131.
[2]) Wach S. 599 N. 15.
[3]) Hupka S. 131ff.
[4]) Vgl. Isay S. 258.

§ 8.

Ueber die Substitutionsbefugnis.

Unter Substitutionsbefugnis versteht man die dem Bevollmächtigten zustehende rechtliche Möglichkeit, die ihm übertragenen Geschäfte an seiner Statt durch einen anderen vornehmen zu lassen und zwar mit dem Erfolg, dass die im Namen des Geschäftsherrn erfolgte Handlung für den letzteren ebenso wirkt, als hätte sie der Bevollmächtigte in eigener Person vorgenommen.

Abgesehen vom Willen des Vollmachtgebers wird den Gesetzgeber[1]) bei der Behandlung der Substitutionsbefugnis vor allem die Erwägung beschäftigen, ob und in welchen Fällen der Vollmachtgeber an der persönlichen Ausführung[2]) durch den Bevollmächtigten ein schutzwürdiges Interesse haben kann oder nicht. Dieser leitende Grundsatz hat im bürgerlichen Rechte und im Prozessrechte nicht gleiche Anwendung gefunden. Mit Rücksicht auf ihn bestimmt H.G.B. § 52, 2, dass die Prokura überhaupt nicht übertragbar ist und im § 58, dass der Handlungsbevollmächtigte ohne Zustimmung des Inhabers des Handelsgeschäfts seine Handlungsvollmacht nicht auf einen anderen übertragen kann.

Das B.G.B. geht, wie fast die gesamte moderne Gesetzgebung,[3]) von der Erfahrung aus, dass solche Verträge, die auf ein *facere* gerichtet sind, gewöhnlich auf dem Vertrauen beruhen, das der Vollmachtgeber der Persönlichkeit des Bevollmächtigten entgegenbringt, so dass in diesen Fällen in der Regel eine Substitution dem Willen des Geschäftsherrn nicht entsprechen wird.

Diese Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Geschäftsherrn in den oben bezeichneten Fällen bringt das B.G.B. zum Ausdruck, indem es allgemeine Grundsätze über die

---

[1]) Aeltere Kodifikationen ablehnend; so A.L.R. I, 13 § 37; im *Code civil* der vielumstrittene Art. 1994.

[2]) z. B. im Vertrauen auf dessen besondere Sachkenntnis.

[3]) z. B. Sächs. B.G.B. §§ 1232, 1243, 1307, 1369; Oesterr. B.G.B. §§ 1010, 1161, 1190.

Substitutionsbefugnis überhaupt nicht aufstellt, aber in den §§ 613, 664, 713[1]) Auslegungsregeln gibt, die, ohne die Hoheitsrechte der Willenstheorie zu beschränken, nur im Zweifel die Substitutionsbefugnis ausschliessen.

Eine starke Durchbrechung dieses Grundsatzes enthält die Z.P.O., indem sie im Gegensatz in § 81 die Substitutionsbefugnis in den gesetzlichen Umfang der Vollmacht mit einschliesst und den Prozessbevollmächtigten[2]) ausdrücklich zur Bestellung eines Vertreters,[3]) sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen ermächtigt.

Das Gesetz bezeichnet mit gutem Grunde den einen als Vertreter und den anderen als Bevollmächtigten und deutet durch diese Wortfassung schon darauf hin, dass zwischen beiden scharf zu unterscheiden ist.

Nur beim Vertreter liegt ein Fall echter Substitution vor.[4]) Er handelt zwar kraft Vollmacht und mit voller Wirksamkeit für die Partei, übt aber doch nur die Befugnis des Prozessbevollmächtigten aus. Treffend sagt Wach:[5]) „Er hat die Vollmacht, die Vollmacht seines Vollmachtgebers auszuüben".

Erlischt daher die Vollmacht seines Vollmachtgebers, sei es im Fall des Todes oder durch Widerruf, so fällt auch seine Vertreterstellung. Der Vertreter handelt demnach nur kraft mittelbarer Vollmacht. Sein Besteller bleibt nach wie vor der eigentliche Prozessbevollmächtigte. Daher bewirkt im Anwaltsprozesse der Tod des prozessbevollmächtigten Anwalts oder dessen Unfähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen, die Unterbrechung des Verfahrens nach § 244, selbst wenn ein Unterbevollmächtigter vorhanden ist. Von dem Unterbevollmächtigten ist übrigens der nach R.A.O. § 25 bestellte Stellvertreter eines an der Ausübung seines Berufes

---

[1]) Vgl. auch B.G.B. §§ 27, 86, 713, 2218; Dernburg S. 480.

[2]) Nicht auch den Spezialbevollmächtigten.

[3]) Wegen Gehilfen zur Erleichterung des Geschäfts vgl. Petersen S. 214, II.

[4]) Vgl. Dernburg S. 480 N. 12.

[5]) Wach S. 580.

zeitweise verhinderten Anwalts zu unterscheiden, der alle Befugnisse des Rechtsanwalts hat, den er vertritt.[1])

Der Vertreter des § 81 kann für einzelne Prozesshandlungen und für den ganzen Prozess bestellt werden. Er selbst darf sich aber nicht wiederum einen Vertreter bestellen. Hieraus folgt, dass, soweit der Anwaltszwang reicht, nur ein bei dem Prozessgericht zugelassener Anwalt als Vertreter bestellt werden kann.

Wesentlich anders verhält es sich mit der Ermächtigung zur Bestellung eines Prozessbevollmächtigten für die höheren Instanzen.

Im Gegensatz zum Vertreter tritt dieser Prozessbevollmächtigte in ein unmittelbares[2]) Verhältnis zur Partei, welche entsprechend dieser unmittelbaren Beziehung auch allein[3]) für die Fortdauer[4]) seiner Vollmacht massgebend wird; durch seinen Tod, nicht durch den des Prozessbevollmächtigten in der Vorinstanz wird das Verfahren nach § 244 unterbrochen. Die Bestellung eines Prozessbevollmächtigten für die höhere Instanz wird häufig dann erfolgen, wenn der Ur-Prozessbevollmächtigte wegen des Anwaltszwanges nicht befähigt ist, in den höheren Instanzen gleichfalls als solcher aufzutreten.

Mit der Bestellung eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen erlischt aber nicht die Vollmacht des Ur-Prozessbevollmächtigten; sie ruht nur so lange, als die Prozesstätigkeit des für die höhere Instanz Bevollmächtigten Platz greift. Daher kann auch nur der in erster Instanz Bevollmächtigte zum Antrag auf Festsetzung der Kosten und zum Betreiben der Zwangsvollstreckung zugelassen werden.

Sehr wohl aber kann der für die höhere Instanz Bevollmächtigte wiederum für die dritte Instanz einen Prozessbevollmächtigten bestellen. Da es natürlich aber auch der Partei

---

[1]) Vgl. Hellmann, Lehrbuch S. 256; Petersen S. 215.

[2]) Die hierfür häufig gebrauchte Bezeichnung „Substitutionsbefugnis" ist daher ungenau.

[3]) Vgl. R.G. 19. Oktober 1887, J.W. S. 473.

[4]) Seine Vollmacht kann übrigens beschränkt sein, während die des Urbevollmächtigten unbeschränkt war.

unbenommen bleibt, auch von ihrer Seite aus Prozessbevollmächtigte für die höheren Instanzen zu bestellen, so kann unter Umständen eine sehr undurchsichtige Konkurrenz von Prozessbevollmächtigten entstehen.

Hieraus drohenden Unzuträglichkeiten begegnet § 84:

> „Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine Wirkung."

Klauseln in der Vollmacht wie etwa „samt und sonders" oder „Kollektivvollmacht" sind daher für den Prozessgegner bedeutungslos.

In der mündlichen Verhandlung haben mehrere Bevollmächtigte nacheinander zu sprechen. Doch kann kein Bevollmächtigter den anderen durch seinen Widerspruch an der Vornahme einer Prozesshandlung hindern. Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen jedoch kann er widerrufen, soweit die Partei selbst dazu berechtigt wäre.

Ein gleichzeitiges Handeln im strengen Sinne des Wortes kann in der mündlichen Verhandlung nicht stattfinden. Wach[1]) schliesst diese Möglichkeit daher überhaupt aus. Trotzdem sollte es denkbar sein, die nacheinander erfolgenden Erklärungen als Einheit[2]) aufzufassen, denn nicht der äusserliche Vorgang, sondern die Absicht bei der Erklärung dürfte massgebend sein.

Widersprechen sich die tatsächlichen Erklärungen mehrerer gemeinschaftlich handelnder Bevollmächtigter, so tritt freie Beweiswürdigung nach § 286 ein; bei widersprechenden prozessualen Willensäusserungen dagegen liegt eine verbindliche Willensäusserung der Partei überhaupt nicht vor.

---

[1]) Wach S. 579; Sarwey S. 158; dagegen u. a. Petersen S. 220, III.

[2]) Aehnlich dem gemeinschaftlichen Handeln mehrerer gesetzlicher Vertreter oder Prokuristen.

§ 9.

Die selbständige Natur der Vollmacht und ihre Erlöschungsgründe.

Während in der modernen Gesetzgebung die selbständige Natur der Vollmacht für die ihre Entstehung behandelnden Regeln in den meisten Fällen als Ausgangspunkt gewählt wurde, zeigen die Vorschriften, die ihr Erlöschen bestimmen, dass die Trennung der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nicht immer mit genügender Schärfe hervortritt.

Da die Vollmacht, ohne an ihre *causa* gekettet zu sein, zur Entstehung gelangt, sollte auch ihr Erlöschen unabhängig und frei erfolgen und höchstens zufällig mit der Beendigung der Rechtsbeständigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zusammenfallen.

Dieser notwendigen Konsequenz hat sich das B.G.B. verschlossen, das im Gegenteil in § 168 die Vollmacht grundsätzlich den Erlöschungsgründen des jeweiligen inneren Verhältnisses unterwirft[1]) und nur einen einzigen selbständigen Erlöschungsgrund, den Widerruf, aufstellt, dessen Wirksamkeit übrigens auch noch von dem inneren Rechtsverhältnisse abhängig gemacht wird.

Sehr scharf hiergegen sagt Zitelmann:[2]) „Diese Regel erscheint mir nutzlos, ja verwirrend; sie ist ein Nachklang der alten vom Entwurf sonst so glücklich beseitigten Vermischung von Vollmacht und Auftrag".

Planck[3]) leitet für das B.G.B. aus § 168 sogar die grundsätzliche Abhängigkeit der Vollmacht her, weil, was für ihr Erlöschen gelte, auch für ihre Entstehung bestimmend sein müsse. Doch dürfte hiergegen Romeick[4]) mit Recht ausführen, dass ein solcher Schluss aus den Erlöschungsgründen

---

[1]) Vgl. Hupka, Die Vollmacht S. 376.
[2]) Zitelmann S. 88.
[3]) Planck, B.G.B. S. 293.
[4]) Romeick S. 121 ff.

der Vollmacht nicht zulässig ist, weil diese auf positiver Ausnahmevorschrift des Gesetzes beruhen.

Während das B.G.B. durch § 168 Erinnerungen an die hörige Vergangenheit der Vollmacht weckt, ist die Z.P.O. — vielleicht nur deshalb, weil sie die Beendigung der Vollmacht allein aus den Gesichtspunkten regelt, die für einen gesicherten Fortgang des Prozesses massgebend sind — nur ungenau im Ausdruck. Denn nach Z.P.O. § 87 hat ein interner Kündigungsakt zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem nur Bedeutung für das jeweilige der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen beiden; ein Erlöschen der Vollmacht aber, eine Beendigung ihrer rechtlichen Wirksamkeit tritt erst durch den Widerruf gegenüber dem Gegner oder Gericht[1]) ein. Wenn das Gesetz hierfür die Worte: „Anzeige des Erlöschens“ gebraucht, so dürfte nur ein *lapsus linguae* vorliegen.[2])

Bis zu diesem Widerrufe[3]) bleibt der Bevollmächtigte bevollmächtigt, selbst wenn der Gegner oder das Gericht[4]) Kenntnis von der Kündigung haben. „Die anderweitig erhaltene Kenntnis ersetzt abweichend von B.G.B. § 173 die Anzeige nicht.“[5]) An eine Form sind diese Anzeigen nicht gebunden; sie können mündlich oder schriftlich durch Zustellung eines Schriftsatzes oder (im Parteiprozesse) durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder durch formlose Mitteilung gemacht werden.

Das Gesetz macht das Erlöschen der Vollmacht daher grundsätzlich von dem Widerrufe abhängig und zeigt dadurch im Gegensatz zu B.G.B. § 168, dass die Prozessvollmacht das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis regelmässig überlebt.

Die Bestimmung im § 87, die im Anwaltsprozesse die Anzeige von der Bestellung eines anderen Anwalts verlangt,

---

[1]) Vgl. Petersen S. 224, II.

[2]) Vgl. Wach S. 582ff.; Hupka, Die Vollmacht S. 377; Seuffert S. 140 u. a. m.

[3]) Vgl. B.G.B. §§ 170, 171.

[4]) Vgl. Reincke S. 102.

[5]) So Gaupp-Stein S. 248.

verdankt ihre Entstehung nur der Rücksicht auf den Fortgang des Prozesses und auf das Interesse des Gegners, der möglichst vor Schwierigkeiten geschützt werden soll.

§ 10.

Erlöschungsgründe.

„Ihr natürliches Ende[1]) findet die Vollmacht mit der Konsumtion ihres Zweckes", durch die Erledigung der Angelegenheit, die ihren Gegenstand bildet, ebenso wenn ihre Abwickelung aus natürlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich wird.

Auch die nur auf bestimmte Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung[2]) erteilte Vollmacht erlischt mit dem Ablauf der Zeit[3]) oder dem Eintritte der Bedingung. Dies gilt für die Vollmacht des B.G.B. und die Prozessvollmacht, soweit die Bestimmungen des § 83 Z.P.O. dem nicht entgegenstehen.[4])

Nach B.G.B. § 168 ist der Tod des Bevollmächtigten Erlöschungsgrund der Vollmacht nur insofern, als er das zugrunde liegende Rechtsverhältnis auflöst.

Der Tod des Vollmachtgebers wird ebenfalls in der Regel das Rechtsverhältnis zu Ende bringen.

Nach H.G.B. § 52 erlischt jedoch die Prokura nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts.

Aus den gleichen Gesichtspunkten ist der Einfluss der Geschäftsunfähigkeit zu beurteilen.[5])

Die Konkurseröffnung[6]) über das Vermögen des Vollmachtgebers hat grundsätzlich keinen Einfluss, ausser bei

---

[1]) Vgl. Dernburg S. 481.

[2]) Für die Prozessvollmacht ist jedoch Z.P.O. § 83 zu beachten.

[3]) Vgl. Hoelder S. 365 d.

[4]) Wach § 574: „Die Einheit des Prozesses ist die Grenze der Vollmacht".

[5]) Entsprechendes gilt für den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit: hat z. B. der Inhaber der elterlichen Gewalt Vollmacht erteilt, so besteht diese auch bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit so lange fort, bis das geschäftsunfähig gewordene Kind sie widerruft.

[6]) Ueber den Einfluss auf die Prokura vgl. Dernburg S. 487 N. 2

solchen Vollmachten, die sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen. Aber auch bei diesen hat der Konkurs nur die Wirkungen, dass die Verfügungen des Stellvertreters den Konkursgläubigern gegenüber ebenso unwirksam sind, wie nach K.O. § 7 die des Gemeinschuldners.

Da für das Erlöschen der Vollmacht nach B.G.B. das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis massgebend ist, so erlischt nach § 168 mit K.O. § 23 und B.G.B. §§ 728, 736 die Vollmacht durch die Eröffnung des Verfahrens, wenn sie auf einem das Massevermögenden betreffenden Auftrag[1]), Dienst- oder Werkvertrag beruht oder ein der Vollmacht zugrunde liegender Gesellschaftsvertrag durch den Konkurs eines der Gesellschafter aufgelöst wird.[2])

Der Konkurs des Bevollmächtigten dagegen ist ohne Einfluss auf das Erlöschen der Vollmacht, denn die Eröffnung des Verfahrens entzieht ihm nur die Verfügung über eigenes, nicht aber über fremdes Vermögen; natürlich bleibt es dem Geschäftsherrn überlassen, durch Kündigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses die Vollmacht zu beendigen.[3])

Endlich sei auch die der gemeinrechtlichen Lehre und auch der neueren Gesetzgebung nicht unbekannte einseitige Kündigung[4]) seitens des Bevollmächtigten hier erwähnt. Eine solche Erklärung des Bevollmächtigten, dass er nicht mehr Vertreter sein wolle, hat nach B.G.B. § 168 folgende Wirkung:[5])

Handelt es sich um ein einseitig kündbares Rechtsverhältnis, das der Vollmacht zugrunde liegt, so erlischt, falls dieses giltig gekündigt[6]) wird, mit dem Grundverhältnis auch die Vollmacht.

---

[1]) Aber auch hier bleiben B.G.B. §§ 672, 2, 674 in Kraft; vgl. auch §§ 728, 727, 2, 3, 729, 170—172.

[2]) Vgl. Jaeger zu K.O. § 23 Anm. 10 S. 188.

[3]) Vgl. H.G.B. § 92, 2.

[4]) Hierin liegt, wie schon oben erwähnt, eine starke Verkennung des Wesens der Vollmacht, die doch keine Vertretungspflicht begründet.

[5]) Vgl. Staudinger S. 420, c.

[6]) Der Kündigung gleich steht hier die Ausübung des gesetzlichen oder vertragsmässigen Rücktrittsrechts.

Liegt jedoch ein anders geartetes Rechtsverhältnis der Vollmacht zugrunde oder ist ein solches überhaupt nicht vorhanden, so kann die Bevollmächtigung durch eine Kündigung des Bevollmächtigten auch nicht erlöschen.

Im Gegensatz zum B.G.B. enthält die Z.P.O. ausdrückliche Bestimmungen, welche die Einwirkungen von Veränderungen in der Person des Vollmachtgebers auf die Aufhebung der Vollmacht behandeln, ohne auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zurückzugreifen.

So wird nach § 86 die Prozessvollmacht weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in betreff seiner Prozessfähigkeit[1]) oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben.

Hierin liegt, worauf auch die Motive[2]) als bewährten Grundsatz verweisen, eine grosse Aehnlichkeit mit § 52 H.G.B., da auch die Prokura nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäftes erlischt.

Im Falle des Todes der Partei ist der Prozessbevollmächtigte also ohne weiteres[3]) berechtigt, den Prozess für die Erbschaft und für die Erben fortzuführen.

Da die Vollmacht vom Standpunkt des Geschäftsherrn betrachtet als „formale Gebundenheit",[4]) von dem des Vertreters als „formale Vertretungsmacht"[4]) erscheint, wird sie schwerlich Gegenstand des Erbrechts sein können; es bleibt daher nur übrig, hier einen neuen, einen zweiten Bevollmächtigungsakt anzunehmen, der *ipso iure* eintritt, sodass beim Tode der Partei der Prozessbevollmächtigte kraft Gesetzes als auch von den Erben bevollmächtigt werden soll, also eine Art gesetzlich gewillkürter Vertretungsmacht vorliegt.[5]) [6])

---

[1]) Hierbei wird wesentlich deren Verlust durch Entmündigung, ihre Wiedererlangung oder ihre Erlangung durch Grossjährigkeit in Betracht kommen.

[2]) Motive S. 193.

[3]) Vgl. damit die *clausula heredum* des gemeinen Rechts.

[4]) Von Hupka so bezeichnet, Die Vollmacht S. 380 u. 382.

[5]) Für das innere Verhältnis zwischen Erben und Bevollmächtigtem gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

[6]) Nach § 81 kann auch die Zwangsvollstreckung für die Erben betrieben werden; aber §§ 727, 750.

Jedoch gibt das Gesetz in den im § 246 bezeichneten Fällen dem Prozessbevollmächtigten und dem Gegner die Möglichkeit, die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen. Tritt der Bevollmächtigte jedoch nach dieser Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreite wieder auf, so hat er eine neue Vollmacht beizubringen.

Der Wortlaut des § 86 verneint jedoch durch diese Bestimmung nicht[1]) die Fortdauer der Vollmacht, sondern stellt nur eine Ordnungsvorschrift auf.

Wach[2]) leitet allerdings aus dem Wortlaut des Gesetzes das Erlöschen der Vollmacht her. Indessen dürfte das Gesetz zu diesem Schlusse keineswegs zwingen, sondern es muss im Gegenteil auffallend erscheinen, dass das Gesetz, wenn es das Erlöschen der Vollmacht wollte, dies nicht ausdrücklich gesagt hat.

Der Tod des Bevollmächtigten dagegen[3]) oder der Verlust seiner Prozessfähigkeit, beziehungsweise der Fähigkeit, bei dem Prozessgerichte als Anwalt aufzutreten, bewirken das Erlöschen der Vollmacht.

Diese Fälle sind als selbstverständlich nicht in das Gesetz mit aufgenommen worden.[4])

Der Konkurs ist ohne Einfluss auf die Prozessvollmacht; doch kann nach § 240 das Verfahren unterbrochen werden.

Auch ein Fall einseitiger Kündigung, von welcher das B.G.B. nichts erwähnt, durch den Bevollmächtigten wird in der Z.P.O. ausdrücklich geregelt, indem § 87, 2 bestimmt, dass der Bevollmächtigte durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert wird, für den Vollmachtgeber solange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

Das Gesetz bekennt sich hierdurch zu der Auffassung,[5]) dass nur die Partei widerrufen kann, weil nur sie etwas er-

---

[1]) Die passive Bedeutung der Vollmacht bleibt also bestehen.

[2]) Wach S. 586; dagegen Müller, Sächs. Arch. S. 163.

[3]) Vgl. § 244.

[4]) Vgl. Müller, Sächs. Arch. S. 147.

[5]) Vgl. dagegen § 87, 1 „Vollmachtsvertrag".

klärt hat, und dass die Erklärung des Bevollmächtigten, nicht mehr Vertreter sein zu wollen, nur für das innere Verhältnis zwischen Partei und Vertreter massgebend ist, aber die Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten nicht hindert.[1])

Eine Verpflichtung des Bevollmächtigten, wie sie in den Motiven[2]) angenommen wurde, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes — ebensowenig nach B.G.B. — nicht vorhanden;[3]) wohl aber kann eine solche nach bürgerlichem Rechte eine Schadensersatzpflicht begründen.[4])

Es entspricht den einfachsten Regeln der Folgerichtigkeit, dass die Vollmacht, die durch einseitige Erklärung zustande kommt, auch auf demselben Wege einer einseitigen Erklärung wieder beendet werden kann.

Was für die Entstehung der Vollmacht recht ist, nämlich dass die sie begründende einseitige Erklärung an keine Form gebunden und nicht ausdrücklich[5]) zu erfolgen braucht, ist sinngemäss auch billig für die Erklärung, welche sie aus der Welt schafft.

Diesen Erwägungen folgt auch das B.G.B., das im § 168 bestimmt, dass die Vollmacht auch beim Fortbestehen des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses widerruflich ist, und zwar nach den Grundsätzen des § 167, 1.

Die Frage, ob auf Widerruflichkeit verzichtet werden kann, hat zu einem scharfen Gegensatz der Auffassungen geführt.[6]) Hierzu nimmt das B.G.B. Stellung im § 168, 2, nach dem die Vollmacht beim Fortbestehen des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nur dann unwiderruflich sein soll, sofern sich aus diesem ein solches ergibt.

Gegen § 168, 2 wendet sich energisch Schlossmann,[7]) der in der Erwägung, dass ein ausdrücklicher Widerrufs-

[1]) Vgl. Wach S. 584; Struckmann-Koch S. 110.

[2]) M. S. 193.

[3]) Vgl. Struckmann-Koch S. 110; Petersen S. 224; Seuffert S. 141 u. a.

[4]) Vgl. Reincke S. 103.

[5]) Z. B. Abfordern der Vollmachtsurkunde, B.G.B. § 172, 2; vgl. Dernburg S. 482.

[6]) Vgl. Dernburg S. 482f.; Hupka S. 393; Planck, B.G.B. S. 298.

[7]) Schlossmann II S. 598.

verzicht „nur in Büchern, im Leben wohl niemals vorkäme", den Rechtssatz des B.G.B., die Vollmacht könne auch beim Fortbestehen ihres Grundverhältnisses widerrufen werden, zwar für „unschädlich", aber doch für „ein Erzeugnis weltentrückter Stubengelehrsamkeit"[1]) hält.

Gewiss ist zuzugeben, dass ein solcher Widerrufsverzicht leicht gegen die guten Sitten verstossen kann, wie z. B. der bei einer Vollmacht zur Verwaltung des gesamten Vermögens. Aber hierüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Rechtsgeschäfte, und das Gesetz nimmt im § 168 auf die Fälle Rüchsicht, in denen die Vollmacht nicht im Interesse des Vollmachtgebers, sondern in dem des Bevollmächtigten, in dem beider oder in dem eines Dritten erteilt ist.[2])

Völlig ausgeschlossen ist nach H.G.B. § 52 der Verzicht auf den Widerruf der Prokura, die hier jede Rücksicht auf das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis ablehnt.

Ueber den Widerruf der Prozessvollmacht, bei der sich ein Verzicht auf den Widerruf nach den obigen Grundsätzen in der Regel als gegen die guten Sitten verstossend darstellen dürfte, vergleiche das in § 9 dieser Abhandlung Gesagte.

§ 11.

Schutzbestimmungen.

Das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht wird sowohl vom B.G.B. wie auch von der Z.P.O. berücksichtigt.

Im B.G.B. wird es in §§ 170—173, 175 und 176 geschützt. Es handelt sich jedoch hier durchweg nur um solche Fälle, in denen die Vollmaaht dem Dritten kundgegeben ist; ferner kann sich nach § 173 auch nur die schuldlose Un-

---

[1]) Schlossmann II S. 598ff.

[2]) Vgl. Planck, B.G.B. S. 294; Matthiass S. 242; Zitelmann S. 90; vgl. auch Rehbein S. 274, der für B.G.B. § 168, 2 das Umgekehrte als Regel annimmt, indem er die Vollmacht des B.G.B. für grundsätzlich unwiderruflich hält.

kenntnis vom Erlöschen der Vollmacht auf die Schutzvorschriften berufen.

Ueber die Haftung der *falsus procurator* vergleiche die Ausführungen in § 7 dieser Abhandlung.

Sehr weitgehend jedoch ist der Dritte gegenüber dem Erlöschen der Prokura geschützt durch H.G.B. § 53, 3 mit § 15, 1, 2, wonach die Eintragung des Erlöschens in das Handelsregister gefordert wird.[1])

Eine dem H.G.B. ähnliche Durchbrechung der Grundsätze des B.G.B. enthält die Z.P.O., die in § 87 für die Prozessvollmacht anordnet, dass ganz unabhängig von der Kenntnis oder Unkenntnis des Dritten ihre Wirksamkeit erst mit der Anzeige ihres Erlöschens, in Anwaltsprozessen erst mit der Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts endet.

Ueber die Haftung des *falsus procurator* vergleiche § 7 dieser Abhandlung.

In einer Reihe von Fällen gilt ferner die Vollmacht trotz ihres Erlöschens zugunsten des Bevollmächtigten als fortbestehend, was mittelbar nach B.G.B. § 169 auch dem gutgläubigen Dritten zugute kommt. Die diesbezüglichen Vorschriften enthält B.G.B. §§ 674, 675, 729 in Verbindung mit §§ 168, 169.

Hiernach gilt ein Auftrag, ein Dienst- oder Werkvertrag, der in anderer Weise als durch Widerruf, ein Gesellschaftsvertrag, der in anderer Weise als durch Kündigung erloschen ist, zugunsten des Geschäftsführers als fortbestehend, bis dieser von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder es kennen muss. Das Gleiche muss für die durch § 168 mit diesen Verträgen verbundene Vollmacht gelten, allerdings mit der Einschränkung des § 169, wonach sie nicht zugunsten eines Dritten wirkt, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muss.[2])

Für die Prozessvollmacht ist noch auf § 87, 2 zu verweisen. Trotz seinerseits erfolgter Kündigung, d. h. trotz seiner Erklärung, nicht mehr Vertreter sein zu wollen, ist der

[1]) Vgl. Staub S. 1174.

[2]) Vgl. B.G.B. § 179, 3.

Bevollmächtigte weiter als solcher zu handeln befugt, bis der Vollmachtgeber durch Selbstbetrieb oder Stellung eines anderen Bevollmächtigten für Wahrung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

Diese Vertretungsbefugnis bleibt auch bestehen, wenn der Bevollmächtigte die „Kündigung“ dem Gegner anzeigt.[1])

§ 87 kann eine Wirkung zugunsten aller Beteiligten äussern.

---

[1]) Vgl. Seuffert S. 141; Petersen S. 224